Ueber den Ursprung des sogenannten jus ad rem,

ein Beitrag zur Geschichte dieses Dogma.

Von

Wilhelm von Brünneck,
Dr. jur.

Berlin.
Rudolph Gaertner.
Amelang'sche Sortiments-Buchhandlung.
1869.

Vorwort.

Die nachfolgende kleine Schrift hat, wie dies die Einleitung besagt, den Zweck, die von Ziebarth versuchte Vertheidigung des sg. jus ad rem durch den Nachweis zu unterstützen, daß dieses vielangefochtene Institut unseres vaterländischen Rechts seine Entstehung nicht sowohl bloßen Mißverständnissen römischer Rechtslehren verdankt, sondern vielmehr das Produkt einer Verschmelzung germanischer und römischer Rechtssätze ist. Sollte sie auf diese Weise zu einer besseren Würdigung des verdienstvollen Ziebarth'schen Buches, als dasselbe bisher gefunden, beitragen, so würde der Verfasser seine Mühe für hinlänglich belohnt halten. Ja, es würde ihm schon genügen, wenn er nur die Anregung dazu gegeben hätte, daß bessere Kräfte, als die seinigen, den hier gewagten Versuch einer rechtshistorischen Untersuchung des von Ziebarth vertheidigten Rechtsinstituts aufnähmen, auf die Gefahr hin, manche der hier aufgestellten Behauptungen widerlegt zu sehen.

Berlin, im Oktober 1868.

Einleitung.

Das vielangefochtene jus ad rem der älteren gemeinrechtlichen Theorie und des preußischen allgemeinen Landrechts hat neuerdings in Ziebarth einen Vertheidiger gefunden. In seinem Buche „die Realexecution und die Obligation (Halle 1866)“ sucht dieser den Nachweis zu führen, daß die seit dem Mittelalter an Stelle der bei den Römern vorherrschenden Geldexecution adoptirte Realexecution für das moderne und insbesondere das preußische Recht nicht ohne Einfluß auf die Natur der so zu realisirenden Privatrechte gewesen sei.

Die hierdurch hervorgerufene Veränderung in dem Charakter einzelner Rechte wird von ihm dahin angegeben, daß überall da, wo nach R. R. nur eine auf Leistung einer Species gerichtete Obligation vorliegt, sich daraus in dem Rechte des Mittelalters, das in dieser Beziehung als die Quelle des modernen Rechts zu betrachten sei, ein relativ dingliches Recht (Eigenthum oder jus in re aliena) entwickelt habe, von der Wirkung, daß es:

1. nicht blos dem Autor, sondern Jedem gegenüber geltend gemacht werden kann, der später als der Erwerber auf dieselbe Sache und vom selben Autor ein jus ad rem (Titel) erwirbt, ohne bereits in den Besitz der Sache gesetzt zu sein;

2. selbst gegen denjenigen späteren Erwerber geschützt wird, der vom selben Autor bereits den Besitz der Sache eingeräumt erhalten hat, aber insofern mala fide handelte, als er sich dieselbe

veräußern und tradiren ließ, obschon ihm das relativ dingliche Recht des früheren Erwerbers bekannt war.

Dagegen soll dieses relativ dingliche Recht (jus ad rem) dann erlöschen, wenn der Autor den Besitz der Sache, welche Gegenstand desselben ist, auf einen andern gutgläubigen, wenngleich jüngeren Erwerber überträgt. Es wird daher erst dann zu einem absoluten und unwandelbaren Recht, wenn der Autor seinem Inhaber den Besitz der Sache einräumt, resp. sich im Wege der Realexecution vom Richter nehmen und auf jenen transferiren läßt, ohne sie vorher einem Andern veräußert und tradirt zu haben.

Diese Ansicht Ziebarth's, für welche man, beiläufig bemerkt, sich auf die Autorität des code Napoléon (art. 1138. 1141.) berufen könnte, ist auf heftigen Widerspruch gestoßen. Man leugnet die von ihm behauptete Consequenz der im heutigen Recht anerkannten Realexecution, indem man das Stadium der Execution, ohnehin schon ein exceptionelles, für ungeeignet erklärt, danach das Wesen der dadurch zu realisirenden Rechte zu bestimmen, da zwischen ihm und dem Zeitpunkt der Entstehung des Rechts das entscheidende Moment der rechtskräftigen Verurtheilung liege[1]).

Die bloße Möglichkeit, daß die Leistung einer Species von dem Schuldner realiter durch deren Wegnahme exequirt werden könne, lasse jedenfalls bis zu dem Zeitpunkt der res judicata eine hierauf gerichtete Obligation als solche bestehen und gebe bis dahin dem Gläubiger immer nur ein Recht auf ein Geben, keineswegs aber die Befugniß, sich die Sache, deren Leistung Gegenstand der Obligation ist, zu nehmen. Die für Ziebarth sprechende Lehre der älteren gemeinrechtlichen Theorie, welche in das allgemeine preußische Landrecht I, 10. §. 18—25. I, 19. §. 5 übergegangen und wonach im Falle einer Collision das ältere persön-

[1]) vgl. Windscheid Pand. §. 43 Note 6. (2. Aufl.); Förster, Theorie und Praxis des heutigen gem. preuß. R. III, S. 5. 6.

liche Recht zur Sache dem jüngeren Recht auf die Sache vorgehen soll, wenn es dem Inhaber des letzteren am guten Glauben mangelt, wird einfach dadurch zu beseitigen gesucht, daß man sagt: rein zufällige Umstände, das höhere Alter eines Rechts und die Kenntniß hiervon hätten es veranlaßt, daß man in früherer Zeit sich jenen Collisionsfall künstlich geschaffen habe, nicht aber etwa eine in jenem sg. persönlichen Recht zur Sache enthaltene Dinglichkeit; wie denn überhaupt die Theilung der persönlichen Rechte in solche im engeren Sinne und Rechte zur Sache eine „durchaus entbehrliche und unergiebige Erfindung des 18. Jahrhunderts" sei[2]).

Diesen Angriffen, welche die Ziebarth'sche Theorie gefunden hat, gegenüber, läßt sich meines Erachtens nicht in Abrede stellen, daß die Realexecution allein nicht ausreicht, die Erscheinung zu erklären, weshalb im heutigen Recht aus gewissen Obligationen nicht mehr, wie bei den Römern, bloß persönliche Rechte, sondern dingliche Rechte entspringen sollen.

Die Möglichkeit, im Wege der Execution in den Besitz einer bestimmten Sache zu gelangen, läßt sich nämlich mit einer Obligation sehr wohl so verknüpft denken, daß sie bis zu dem Moment der Erstreitung eines siegreichen Erkenntnisses für den Gläubiger eine vage und jeden Augenblick wieder entziehbare Aussicht darstellt: von der Art, daß, wenn ein jüngerer Gläubiger früher als ein Anderer, dessen Forderung älter ist, ein den gemeinsamen Schuldner verurtheilendes Erkenntniß extrahirt, der ältere Gläubiger jede Möglichkeit verliert, durch die Realexecution in den Besitz der fraglichen Sache zu kommen. Wird aber die Aussicht auf die Erlangung der Herrschaft über eine Sache erst mit dem Moment, wo der Gläubiger ein siegreiches Erkenntniß gegen den Schuldner erstreitet, zu einer fixirten und rechtsbegründeten Hoffnung und im Falle einer Concurrenz mehrerer Gläubiger von der Prävention in Erlangung eines solchen Urtheils abhängig gemacht,

---

2) Förster, a. a. O. S. 6.

so kann man allenfalls von diesem Augenblick an sagen, daß der Sieger auf die Herrschaft über die streitige Sache mehr Aussicht erlangt habe, als jeder andere Gläubiger, dessen Anspruch noch nicht so weit gediehen ist. Vorher aber stellt das Recht des Gläubigers weder dem Schuldner oder Dritten gegenüber, denen dieser die Sache veräußern und tradiren kann, noch selbst im Vergleich zu concurrirenden Gläubigern, die eine Forderung auf Leistung derselben Sache vom selben Debitor erwarben, ohne sich bereits auf Tradition berufen zu können, eine Herrschaft über die Sache dar. Ist es ja selbst ihnen gegenüber noch völlig ungewiß, ob er auf seine Forderung durch Leistung der Sache in specie wird abgefunden werden, oder sich statt dessen mit dem Geldäquivalent wird begnügen müssen, so lange es noch möglich ist, daß ein Anderer ihm zuvorkommt und vor ihm ein siegreiches Urtheil auf Herausgabe der Sache erstreitet. Eine logische und, so zu sagen, naturrechtliche Nothwendigkeit, weshalb eine Fixirung jener Aussicht in der Weise, daß man mit dem früheren Erwerb der Obligation auch ein Vorrecht auf Erlangung ihres Gegenstandes in specie im Wege der Realexecution erwirbt, schon mit dem Moment der Entstehung der Obligation, nicht erst mit dem Zeitpunkt der res judicata erlangen soll und muß, ist in der That nicht einzusehen.

Man kann Ziebarth vollkommen darin beipflichten, wenn er die Realexecution mit dem Wesen der Obligation als eines Productes des freien, nur indirect vom Rechte zu beeinflussenden Willens des Schuldners unvereinbar hält, ohne daß man zuzugeben braucht, daß das Wesen der Obligation deshalb schon von vornherein alterirt werden müßte. Diese Veränderung und Trübung der reinen Obligationsnatur kann in einem positiven Recht trotz Zulassung der Realexecution sehr wohl erst auf einen späteren Zeitpunkt festgesetzt werden, z. B. auf den des Urtheils.

Dies dürfte jedenfalls auch der Standpunkt der Römer gewesen sein, welche, soweit sie, was hier nicht erörtert werden kann,

die Realexecutionen bei Obligationen überhaupt zuließen, den fixirten Anspruch auf Herausgabe einer Sache in specie statt Abfindung durch ein Geldäquivalent bei einer Concurrenz mehrerer Gläubiger rein von der Prävention in Ausbringung eines hierauf gerichteten verurtheilenden Erkenntnisses abhängen ließen[3]). Indem sie so das wichtige Moment der res judicata zwischen den Zeitpunkt der Entstehung der Obligation und ihres Unterganges durch Befriedigung des Gläubigers einschoben, erhielten sie die Obligation als solche so lange wie möglich aufrecht, und wenn dann gegen den Schulder durch die Realexecution der directe Zwang eintrat, war es nicht mehr die ursprüngliche Obligation, die hiervon berührt wurde, sondern gewissermaßen ein neues, dem Gläubiger aus der res judicata erworbenes Recht gelangte auf diesem Wege zu seiner Realisirung.

Wenn ich trotz alle dem hier dennoch für die Ziebarth'sche Theorie in die Schranken treten und den Nachweis versuchen will, daß diese, wenn sie auch vielleicht von keiner Bedeutung ist für das heutige gemeine Recht, so doch auf einem rechtshistorischen Boden steht, der die Grundlage mancher Particularrechte, insbesondere die unsers allgemeinen Landrechts bildet, so hat mich dazu die Ueberzeugung vermocht, daß die Realexecution zwar nicht an und für sich, wohl aber in der Gestalt, die ihr die mittelalterlichen Erklärer des R. R. gaben, allerdings von entscheidendem Einfluß sein mußte auf die rechtliche Natur der Obligation, mit der sie verknüpft ward. Ihren Ursprung und ihre Wurzel hat aber diese Realexecution der Glossatoren und Commentatoren nicht in bloßen Mißverständnissen des R. R., vielmehr in Anschauungen, welche dem germanischen Recht entstammen und auf eine Vermischung der Begriffe der dinglichen Verträge deutschen Ursprungs mit der römischen Obligation hinführten. Hieraus hatte sich zur Zeit des Baldus unter dem Namen des jus ad rem ein Recht

---

3) l. 14. D. de nox. act. (9, 4).

gebildet, das, wenngleich es damals ebenso wie noch später z. B. im allgemeinen Landrecht als eine Unterart derselben unter den Gattungsbegriff der Obligation gestellt wird, nicht füglich mehr als ein persönliches Recht betrachtet werden kann, vielmehr als ein dingliches Recht von relativer Bedeutung angesehen werden muß.

Der Versuch, der hier gewagt werden soll, ist nicht der erste. Bereits vor über zwanzig Jahren hat Brackenhöft in der Zeitschrift für deutsches Recht (Bd. VIII, S. 22. ff. 1843) in einer Abhandlung „Ueber die Begründung von Rechten an Dingen durch Vertrag" das jus ad rem unmittelbar aus der von der römischen Tradition wohl zu unterscheidenden Tradition des älteren deutschen Rechts, aus welcher sich später das Institut der gerichtlichen Auflassung entwickelte, abzuleiten gesucht.

Daß seine Ansicht weniger Beachtung gefunden, als sie es verdient, hat m. E. seinen Grund darin, daß es allerdings ein vergebliches Bemühen sein dürfte, wie es Brackenhöft gethan hat, das sg. jus ad rem der Commentatoren und der späteren gemeinrechtlichen Schriftsteller unmittelbar auf das rein deutsche Recht und seinen dinglichen Vertrag zurückzuführen. Was namentlich die in Deutschland entstandenen Rechtsquellen anlangt, so ergeben diese, mit alleiniger Ausnahme der Rechtsbücher des deutschen Lehnrechts für unsere Frage sehr wenig. Aus ihnen allein scheint es mir unmöglich zu sein, das jus ad rem zu erklären, um so weniger, als für den Erwerb des Eigenthums und der dinglichen Rechte überhaupt im späteren Mittelalter die Lehre von der gerichtlichen Auflassung maßgebend wurde, welche als ein der altrömischen in jure cessio vergleichbarer gerichtlicher Uebertragungsact dinglicher Rechte den Charakter der Vertragsnatur, den die alte traditio gehabt, von dieser abstreifte und daher von den obligatorischen Veräußerungsgeschäften des R. R. so erheblich abwich, daß von einem Einfluß desselben auf die römischen Obligationen füglich nicht mehr die Rede sein konnte.

Will man deshalb nach Anknüpfungspunkten für eine Verschmelzung des jus ad rem mit germanischen Rechtsideen suchen, so muß man den Blick nach Frankreich und Italien richten. Dort hatten sich Spuren der außergerichtlichen Tradition des älteren germanischen Rechts bis zu den Zeiten erhalten, wo zuerst die Lombardisten, später die Glossatoren und Commentatoren gleichzeitig mit der römischen auch einzelne germanische Rechtsquellen, die leges Langobardorum und die libri feudorum zu interpretiren begannen. Hier lag daher die Versuchung eines Verschmelzens und Vermischens der Begriffe des dinglichen Vertrages germanischen Ursprungs mit der römischen Obligation viel näher, als da, wo das Institut der gerichtlichen Auflassung bei der das Sachenrecht vorzugsweise beherrschenden Lehre von dem Erwerb der Immobilien zur Anwendung kam.

Nicht minder wirkte dort der Umstand mit, daß die Investitur des Langobardischen Lehnrechts sehr bald unter der Hand seiner Erklärer, der Feudisten, als ein Vertrag und zwar als ein obligatorischer behandelt uud mit den Verträgen des R. R. wie dem Kaufe und dem Schenkungsversprechen verglichen und zusammengestellt wurde. Andererseits hatte diese langobardische Lehnsinvestitur, selbst in der ihr von den Feudisten gegebenen Gestalt als sg. investitura abusiva, die wir unten näher betrachten werden, obschon sie, wie gesagt, auf eine Stufe mit den obligatorischen Verträgen gestellt wurde, von ihrem ursprünglichen Charakter als eines dinglichen Vertrages germanischen Ursprungs so viele Momente beibehalten, daß diese nicht blos auf das von den Feudisten daraus abgeleitete jus ad rem von Einfluß sein mußten, sondern auch rückwirkende Kraft äußerten auf alle diejenigen obligatorischen Verträge des R. R., deren rechtliche Natur sie angeblich theilte. Denn ebenso, wie die Analogie der römischen Obligation nicht ohne Einfluß war auf die Theorie von der Investitur, ebenso wurde auch hinwiederum die Lehre von den Obligationen in den Schriften der Commentatoren, von denen viele gleichzeitig

Feudisten waren, von den Resten germanischer Rechtsanschauungen beherrscht, die sich in der Investitur zu behaupten gewußt hatten, unbeschadet der Ansicht, daß diese nichts anderes sei, als jeder andere aus einer Obligation entspringende Titel auf den Erwerb eines dinglichen Rechts.

Eine Untersuchung der rechtshistorischen Entstehung und Entwickelung des sg. jus ad rem wird sich daher hauptsächlich auf die Schriften der Commentatoren des R. R. selbst, sowie auf die der italienischen Feudisten stützen müssen. Die Spuren, welche sich dort von dem deutschen dinglichen Vertrage, wenn auch getrübt und verdunkelt, auffinden lassen, müssen gesammelt und sodann ihr Einfluß auf die römische Obligation nachgewiesen werden[4]. Die rein deutschen Quellen sind dagegen nur zur Erklärung und behufs des besseren Verständnisses dieser Ueberreste des deutschen dinglichen Vertrages, auf die wir in den mittelalterlichen Bearbeitungen des R. R. stoßen, mit heranzuziehen.

Von diesen kommen hier vornehmlich und zunächst die Quellen aus der Zeit der Volksrechte in Betracht. Denn in ihnen stellt der dingliche Vertrag des deutschen Rechts sich uns noch als außergerichtliche Tradition in einer Gestalt dar, die es zu erklären vermag, daß die Bearbeiter des R. R. die Obligationen des letzteren mit jener confundiren konnten. Von den späteren deutschen Rechtsquellen sind hier besonders die Rechtsbücher des deutschen Lehnrechts von Wichtigkeit. Denn der Begriff des relativ dinglichen Rechts erscheint in ihnen in einer Weise construirt, die dem jus ad rem der Erklärer des langobardischen Lehnrechts, wie auch dem civilrechtlichen jus ad rem der Commentatoren vollkommen

[4]) Die Schriften der Kanonisten habe ich hier nicht erwähnt. Die im Kanonischen Recht und seinem Apparat wiederkehrende Unterscheidung zwischen jus ad rem und jus in re hat unzweifelhaft auch seinen Ursprung in germanischen Anschauungen, ohne daß jedoch ein Einfluß derselben auf das civilrechtliche jus ad rem nachzuweisen wäre. Ebenso wenig läßt sich darthun, daß die Erfindung dieses Begriffes und des zu seiner Bezeichnung gebrauchten terminus technicus ursprünglich allein dem K. R. angehört hätte. S. unten S. 52.

entspricht. Das deutsche Lehnrecht kann daher als Beweis dafür dienen, daß eine Construction des Begriffs relativ dinglicher Rechte, wie wir sie bei den Commentatoren finden dürften, der germanischen Rechtsanschauung keineswegs widerspricht, da wir sie hier im deutschen Lehnrecht wiederkehren sehen, wo eine rein deutsche Rechtsschöpfung vorliegt und von keinem Einfluß des R. R. die Rede ist.

Und wenn sich auch eine Verbindung zwischen dem deutschen Lehnrecht und seiner Auffassung von dem Wesen und den Wirkungen der Investitur wie des daraus entspringenden Rechts auf der einen, und der Theorie der italienischen Feudisten von der investitura abusiva und dem hieraus abgeleiteten jus ad rem auf der andern Seite, nicht wird nachweisen lassen, letzteres vielmehr auf eine von den italienischen Feudisten vorgenommene Abschwächung der umfangreichen dinglichen Kraft, welche die Verfasser der libri feudorum der Investitur beigelegt hatten, zurückzuführen ist, deren Gründe außerhalb des deutschen Lehnrechts liegen, so dürfte sich doch daraus, daß wir in einer rein deutschen Rechtsquelle einer Formulirung des Begriffs der Relativität dinglicher Rechte begegnen, welcher dem jus ad rem der italienischen Feudisten und Commentatoren sehr nahe kommt, die Behauptung rechtfertigen lassen, daß letzteres, obschon es einem Vermischungsproceß römischer und deutscher Rechtssätze seine Entstehung verdankt, dennoch ein Rechtsgebilde darstellt, welches das Gepräge deutschen Geistes an sich trägt und als Erzeugniß einer germanischen Rechtsanschauung ebenso gut angesehen werden darf, wie das mit der deutschen Lehnung verbundene relativ dingliche Recht.

Erstes Capitel.

Der dingliche Vertrag des älteren deutschen Rechts.

Beginnen wir jetzt unsere Untersuchung mit der Darstellung des dinglichen Vertrages des älteren germanischen Rechts[1]).

In der Formelsammlung des Markulf und in andern Formularien und Urkunden des früheren Mittelalters finden wir mit dem Namen traditio, der das deutsche Wort sala (salunga), entspricht[2]), einen außergerichtlichen Vertrag bezeichnet, welcher im Gegensatz zu der römischen traditio die Voraussetzung der gleichzeitigen Besitzübertragung nicht kennt, da dieser auch an solchen Orten abgeschlossen werden kann, wo die zu tradirende Sache nicht zur Stelle ist[3]). Vielmehr finden wir in jenen For=

---

1) Vrgl. die angef. Abhandl. Brackenhöfts §. 3 S. 47. ff.

2) Andere gleichbedeutende Ausdrücke sind cessio, donatio, delegatio resp. die entsprechenden Verba. Donare bedeutet in den Quellen der fränkischen Zeit nicht das römische donare, vielmehr so viel wie geben (tradere im d. S. das französische donner); vrgl. z. B. l. Bajuvariorum tit. 17. c. 2. Wegen des Wortes sala vrgl. die deutsche Uebersetzung zu Ansegisus cap. IV, 18 (capit. 819 Ludov. Pii, auch als cap. Aquisgr. 817 cap. leg. add. c. 6 citirt, in Kraut Grundriß §. 97 No. 1. [4. Aufl.].) Manche Formeln tragen zwar die Ueberschrift des darin enthaltenen obligatorischen Geschäfts, z. B. venditio de villa (vrgl. z. B. Marculf II, 19.); daß aber auch hier von einem dinglichen, nicht von einem bloß obligatorischen Geschäft geredet wird, beweisen die in der Verbalform gebrauchten Wendungen tradidi ꝛc.

3) Marculf II, 19. 20. 21, app. 14; Form. Sirm. 5. 8. 37; Bign. 3. 19; Lindenbrog. 127; Marculf II, 23. 24, app. 17; Form. Sirm. 26; Marculf II, 4; Form. Sirm. 4. 36; Lindenbrog. 17; Marculf app. 40. 43; Form. Bign. 17;

melsammlungen den Act der Bestellung eines Rechts an einer Sache genau von dem Acte der Besitzübertragung unterschieden, ja sogar mit verschiedenen Ausdrücken bezeichnet[4]). Während der

Lindenbrog. 18. 55. 57. 58. 75. 82. 152. 183; Baluz 27; Form. Sirm. 15; l. Wisigoth. V, tit. II. no. 6. (Quod si etiam provenerit, ut quod donatur, sit longe positum, pro eo donatio evacuari non poterit; quia tunc videtur vera esse traditio, quando jam apud illum scriptura donatoris habetur, in cujus nomine conscripta esse dinoscitur) c. Ludov. Pii 819 c. 5 (Anseg. IV, 18). Daß andrerseits die Besitzübernahme mit dem Vertrage auch verbunden werden konnte, und der Ausdruck traditio in den Quellen der fränkischen Zeit bisweilen auch zur Bezeichnung solcher Fälle von Uebertragungen dinglicher Rechte gebraucht ward, wo nach R. R. eine traditio in dessen Sinne anzunehmen wäre (legitima traditio c. Lud. Pii 819) soll hier nicht geleugnet werden. Dabei muß man aber festhalten, daß der Begriff der römischen traditio als eines von der Besitzübertragung, als seiner wesentlichen Form, untrennbaren Vertrages dem germanischen Recht jener ältesten Zeit wenigstens bei Immobilien gänzlich unbekannt war. Nur bei Mobilien ist im Allgemeinen auch für das deutsche Recht wohl anzunehmen, daß an diesen das Eigenthum ebenso wie nach R. R. nur durch einen mit der Besitzübertragung in einen Act nothwendig zusammenfallenden Vertrag (traditio im röm. S.) übertragen werden konnte (Walter, R. G. II, §. 544; Albrecht Gewere §. 20 No. 1 und dazu Note 511). Indessen kommen auch hiervon einzelne Ausnahmen vor, namentlich in den im südlichen Europa entstandenen Rechtsquellen. Vergl. z. B. l. Wisigoth. V, tit. II. no. 6, wo kein Unterschied gemacht wird zwischen Mobilien und Immobilien. S. ferner Ariprand zu lib. II, tit. 15 der Lombarda (Anschütz: die Lombarda-Commentare des Ariprand und Albertus 1855), welcher die corporalis traditio selbst da für irrelevant erklärt, wo es sich nach Langobardischem R. (l. Rothar. 175. 184) um die Tradition des launechild, einer kleinen in Mobilien bestehenden Gegengabe des Schenknehmers handelt (Walter, R. G. II, 563). Ueber die später bei Mobilien aufkommende Vergabung von Todeswegen, die gleichfalls von gleichzeitiger Besitztradition unabhängig war, s. Albrecht Gewere S. 204.

[4]) Marculf, app. 40, vrgl. mit app. 43. Dipl. a. 839, ap. Meichelbeck: Histor. Frisingens. n. 540. a. 839 ib. no. 607. a. 829 ib. no. 538 (Kraut, Grundriß §. 97 No. 62. 63. 64), Urk. v. 1049 bei Möser, Osnabrückische Gesch. II, No. 21. Uebrigens wird auch das Wort traditio resp. das Verbum tradere zur Bezeichnung der Besitzübertragung gebraucht und zwar nicht bloß da, wo dieser Act mit der deutschen traditio einmal zufällig zur selben Zeit vorgenommen wird (S. oben die vorige Anmerk.), sondern auch da, wo er der

dingliche Vertrag traditio heißt, wird der Besitzübertragungsact bei Marculf mit dem Worte traditura bezeichnet, statt dessen in andern Quellen jener ältesten Zeit der deutschen Rechtsgeschichte der Ausdruck vestitura (Gewere) gebraucht wird. Letzterer bedeutete bekanntlich ursprünglich nicht wie späterhin den Act der Bestellung des dinglichen Rechts (den dinglichen Vertrag, die Auflassung), sondern dem Wortsinne entsprechend, die Uebertragung des körperlichen Besitzes, der factischen, nicht der sg. juristischen Gewere[5]). Daß aber ferner dieser mit dem Namen der traditio bezeichnete Vertrag ebenso, wie er einerseits von der römischen traditio sich dadurch unterschied, daß die Besitzübergabe mit dem Abschluß des Vertrages nicht nothwendig verbunden werden mußte, doch auch andrerseits nicht ein bloß obligatorisches Rechtsgeschäft darstellte, dem man nur mißbräuchlich den Namen traditio beigelegt hätte, während darunter, wie dies unter Andern von Albrecht behauptet worden ist[6]), im Grunde ein obligatorischer Vertrag verstanden worden sei, beweist der übereinstimmende Text vieler Formularien und Urkunden, welche mit ausdrücklichen Worten den sofortigen Uebergang des Eigenthums von dem einen auf den andern Contrahenten aussprechen[7]).

Zeit nach von jener getrennt vorgenommen wurde (Marculf, app. 19. 20; vrgl. mit ib. II, 19). Um jene Quellen der ältesten Zeit des deutschen Rechts richtig auszulegen, ist es daher im einzelnen Falle nothwendig, sich zunächst darüber Gewißheit zu verschaffen, in welchem Sinne die Worte traditio, tradere gebraucht werden, was oft nur der Zusammenhang, in dem dieselben vorkommen, ergeben wird.

[5]) S. Walter, R. G. II, §. 545. Brackenhöft a. a. O. S. 48.

[6]) Albrecht, Gewere S. 65. S. dagegen Walter, R. G. II, §. 544 Note 11.

[7]) Vrgl. z. B. Marculf, app. 40 — Ego in Dei nomine femina aliqua nomine illa dono ad praefato Monasterio a die praesente donatumque in perpetuum esse volo, et de jure meo in jure et dominatione ipsius Monasterii vel suis Rectoribus trado atque transfundo ad possidendum — res meas in pago illo — quantumcunque in haec loca a die praesente mea est possessio vel dominatio, et ad integrum ad ipso Monasterio a die praesente de jure meo in jure

Ebensowenig leidet diese germanische traditio die Auffassung, als enthalte sie nichts, als ein verstecktes constitutum possessorium. Denn von dieser Art der Besitzübertragung finden sich in den Formularien Beispiele[8]), die sich scharf und deutlich von jenen Traditionsformeln unterscheiden, in welchen einfach der Eigenthumsübergang von Seiten des Tradenten auf den Erwerber erklärt wird, ohne daß von einer Fortsetzung des Besitzes seitens des bisherigen Eigenthümers in Gestalt eines precarium oder eines ususfructus oder in ähnlicher Weise die Rede wäre.

Die traditio des älteren germanischen Rechts ist endlich auch nicht als eine Eigenthumsübertragung durch die Hand des Richters anzusehen, als welche die später, namentlich im Sächsischen Recht, ausgebildete gerichtliche Auflassung und die heutige Ingrossation sich uns darstellt. Wenn sich nämlich auch schon früh Beispiele dafür auffinden lassen, daß Behufs der besseren Beurkundung die Gerichtszusammenkünfte zur Vornahme der Tradition benutzt wurden, so geschah dieses doch zur Zeit der Volksrechte keineswegs allgemein. Im Gegentheil war die gangbare Form der Eigenthumsübertragung die außergerichtliche Tradition vor Zeugen unter Anwendung von Symbolen und Aufnahme einer Urkunde über den Hergang[9]).

---

ipsius Monasterii et suis Rectoribus trado atque transfundo ad possidendum, hoc est tam terris — ad integrum publice trado atque transfundo ad possidendum; ut quicquid ab hac die ipsa Abatissa vel Rectores ipsius Monasterii ad profectum ipsius exinde facere voluerint, liberam et firmissimam in omnibus habeant potestatem faciendi etc. S. ferner Form. Lindenbrog. 18. Dipl. a. 824 ap. Meichelbeck n. 467 (Kraut, Grundr. §. 97 No. 53).

[8]) Vrgl. Marculf II, 5.

[9]) Walter, R. G. II, §. 544. l. Alam. Hlothar. I, 2. l. Bajuv. I, 1. Cap. ad. l. Sal. 803 c. 6. c. Ludov. Pii 819 c. 6. Form. Langob. 9. 22. (Im Langobardischen R. ward durch Ausstellen und Uebergeben einer Urkunde, welche den obligatorischen Rechtsgrund des dinglichen Vertrages z. B. Kauf, Schenkung enthielt, die traditio abgeschlossen; Form. Lang. 8. 9. 10. 14. Doch mußte dem in manchen Fällen, z. B. bei der Schenkung durch thinx eine Erklärung vor Zeugen vorhergehen, Ed. Rothar. 172).

Selbst da, wo die traditio vor Gericht geschah, wird einer Mitwirkung des Richters nur in der Weise erwähnt, daß seine Thätigkeit nicht die Wirkung des Eigenthumserwerbs bedingte, vielmehr, wie es scheint, nur dazu bestimmt war, den Erwerber gegen Weiterungen und Anfechtungen, die ihm später von Seiten des Veräußerers gemacht werden könnten, in höherem Grade sicher zu stellen, als dies ohnedem möglich gewesen wäre[10]).

Aus dem Allen ergiebt sich für uns Folgendes: einmal, daß jene ältere germanische traditio ein Vertrag, nicht ein Act der Besitzüberlassung war, oder, um mich correcter auszudrücken — da ja auch die römische traditio unter den Begriff des Vertrages fällt — ein Vertrag, dessen Gültigkeit nicht durch die Form der gleichzeitigen Besitzübergabe bedingt ward; daß sie ferner auch nicht in einer gerichtlichen Eigenthumsübertragung bestand und daß sie endlich ein dinglicher, nicht ein blos obligatorischer Vertrag war.

Muß sonach die germanische traditio ein dinglicher Vertrag genannt werden, so ist damit doch nicht gesagt, daß das aus derselben entspringende dingliche Recht in derselben Weise geltend gemacht werden konnte, wie dies bei den dinglichen Verträgen des R. R. der Fall war. Es kommt hier nämlich das dem deutschen Recht eigenthümliche processualische Moment in Betracht, daß bei dem abgeleiteten Erwerb von Immobilien, der für die deutsche Tradition der maßgebende ist, nur derjenige sein dingliches Recht selbständig verfolgen und geltend machen konnte, der die rechte Gewere an der erworbenen Sache erlangt, d. h. dieselbe in Besitz genommen und eine bestimmte Zeit lang sich darin unangefochten behauptet hat. Vor deren Erlangung war dagegen der Erwerber eines durch dinglichen Vertrag begründeten Rechts an einer Sache auf die Vertretung seines Rechts durch den Autor angewiesen, der auf Grund der im Traditionsvertrage von ihm übernommenen Verbindlichkeit zur Gewährleistung Dritten gegenüber, welche seine

---

10) Form. Langob. 1. l. Ripuariorum LIX. 1. 7.

auf die Uebertragung des dinglichen Rechts auf einen Andern gerichtete Handlung nicht anzuerkennen brauchten, für den Successor den Rechtsstreit aufnehmen und wie seinen eignen durchführen mußte [11].

Indessen muß hier wieder insofern ein Unterschied gemacht werden, als die Art der Geltendmachung eines durch traditio begründeten Rechts verschieden war, je nach dem processualischen Gegner, welchem der Erwerber gegenüber stand.

Was zunächst den Autor selbst anbetrifft, so gilt der Successor ihm gegenüber, wie dies aus der Natur des dinglichen Vertrages von selbst folgt, als Erwerber (acquisitor) der tradirten Sache [12]. Nimmt dieser nicht selbst die Einweisung in den Besitz der tradirten Sache vor, so kann der Erwerber diese durch den Richter im Wege der Realexecution erzwingen [13]. Ja, es ward ihm bisweilen in dem dinglichen Vertrage ausdrücklich die Erlaubniß ertheilt, sich der tradirten Sache selbst zu unterwinden [14], wofern man nicht sogar mit Brackenhöft [15] vielleicht annehmen muß, daß diese Befugniß schon ipso jure aus

---

11) Sächs. L. R. II, 42 §. 1. 2, III, 83 §. 2; Delbrück, die dingl. Klage des deutsch. R. §. 8 Note 4.

12) l. Langob. Guidonis V.

13) Daß schon damals dem Erwerber eines durch dingl. Vertrag begründeten Rechts nöthigenfalls die richterliche Hülfe zu Gebote stand, um durch Wegnahme der tradirten Sache sich zu dem dinglichen R. an derselben auch die factische Gewere zu verschaffen, dürfte aus C. Ludov. Pii 819 c. 6 hervorgehen. Noch deutlicher zeigt dies aber epitome Aegidii (Paul. rec. sent. lib. I, tit. XIV de judicat.), auf das wir unten noch zurückkommen werden.

14) Schannat: trad. Fuldens. no. 82. a 778. Totum et integrum a die praesente sic volumus esse traditum et firmatum .. ut hanc rem ab nulla persona nostrorum coheredum incontradictam et inexquisitam vos et posteri vestri habere, frui perenniter firmissimam habeatis potestatem culmo connexam vobis ad vestiendum et ad inducendum et ad roborandum.

15) a. a. O. S. 57.

der traditio folgte, ebenso wie wir dies später bei der Investitur des deutschen Lehnrechts kennen lernen werden.

Nicht minder aber konnte der Erwerber sein dingliches Recht gegen alle diejenigen geltend machen, die vom selben Autor, von dem auch er tradirt erhalten hatte, ein dingliches Recht an derselben Sache tradirt bekommen haben wollten.

Einer Vertretung seiner Rechte durch den Autor bedurfte es in diesem Falle nicht. Vielmehr konnte jeder der beiden streitenden Theile, die von demselben Autor an der nämlichen Sache ein jus in re eingeräumt erhalten zu haben behaupteten, dieses selbständig gegen einander geltend machen[16]). Wir ersehen dies aus einem Langobardischen Capitular[17]), aus dem zugleich erhellt, daß das

---

[16]) Nur da, wo es für den Beweis der geschehenen Tradition auf das Zeugniß des Autor ankam, mag dasselbe schon damals ebenso wie im späteren Recht (vrgl. Richtst. Lehnrechts c. 29, S. auch II, F. 27 §. 7) unter Umständen einen Beweisvorzug insofern begründet haben, als da, wo sich der Autor nur dem einen der beiden Prätendenten zu der geschehenen Tradition bekannte, dieser vor dem andern Theile, dem jene Thatsache in Abrede gestellt worden war, zum Beweise darüber verstattet ward, daß sein dingliches Recht das bessere sei, z. B. weil die an ihn erfolgte traditio früher statt gehabt habe, als die, auf welche der Gegner sich stützte. Nach dem Langobardischen Volksrecht, das von älteren Rechtsquellen uns allein über die vorliegende Frage Aufschluß giebt, wurde hier der Beweis der geschehenen Tradition allein und ohne Berufung auf den Autor durch die Traditionsurkunde (carta) geführt. S. unten die Formel zu l. Langob. Lothar. I, no. 30; vrgl. auch l. Liutprand. 66 (II, 20. 21). Anders verhält es sich auch nach Langobardischem Rechte da, wo man einem Gegner gegenüber steht, der sein Recht nicht von demselben Autor ableitet. S. hierüber unten S. 23, Note 19.

[17]) leg. Langob. Lotharii I, 30 (Walter, corp. jur. Germ. III, S. 642). De his, qui proprietates suas habent, et spontanea voluntate alicui delegaverint, et postea fraudulenter ab aliquo alio ignorante pretium de eisdem rebus venumdatis accipiunt; et cui ipsae res prius traditae fuerint, cognito negotio anno integro silens non contradixerit, sed propter illusionem tacens fuerit, ut emtorem illudere possit; si intra patriam per anni spatium, ut dictum est tacens fuerit, prior traditio nihil ei valeat. Ille vero, qui post primam traditionem res

durch die traditio begründete Recht nicht etwa bloß dem gegenüber geltend gemacht werden konnte, welcher ebenso wie der Kläger nur das dingliche Recht, nicht auch schon den Besitz an der streitigen Sache vom Autor eingeräumt erhalten hatte, sondern auch dann unversehrt bestehen blieb, wenn auf Grund einer später vorgenommenen traditio ein Anderer in den Besitz der veräußerten Sache gekommen war. Nur in den Fällen, wo der jüngere Erwerber, ohne von der früher geschehenen traditio Kenntniß zu haben, sich ein Jahr lang in dem unangefochtenen Besitze der streitigen Sache behauptet hat, soll das aus der früheren traditio herrührende Recht erlöschen. Es entspricht dieser unangefochtene Besitz von einem Jahre offenbar der rechten Gewere von Jahr und Tag des späteren deutschen Rechts, von der wir daher wohl annehmen dürfen, daß sie, abgesehen von dem hier vorliegenden Falle, auch außerdem dem älteren germanischen Recht bekannt war, obgleich ihrer sonst in dessen Rechtsquellen keine Erwähnung geschieht[18]).

---

vendiderit, si vivens comprobatus fuerit hanc illusionem fecisse bannum dominicum, id est 60 solid. componat. Si vero unde bannum componere non habuerit, verberetur. Vrgl. hierzu die Formel: Petre te appellat Martinus, quod tu tenes sibi malo ordine terram in tali loco. Ipsa terra mea propria est. Et quid tibi pertinet? Per chartam, quam mihi fecit Marquardus. Contra legem est, quia, postquam fecit mihi unam traditionem, non potuit tibi facere aliam. Hoc dico ego: quod tibi fuit cognitum, quando tibi vendidit, et tacuisti unum annum per illusionem. Et probet. Si dixerit: non fui intra patriam: probet ipse, qui habet posteriorem chartam. Si dixerit ipse, qui habet priorem chartam: tibi fuit cognitum, quod mihi erat vendita ipsa terra, probet.

[18]) Brackenhöft a. a. O. S. 48 Note 83 u. S. 50 Note 92 scheint dies für das ältere germanische Recht zu bezweifeln. Das oben citirte Langobardische Capitular dürfte aber die im Texte aufgestellte Behauptung beweisen. Daß wir es übrigens dort in der That mit einer der rechten Gewere von Jahr und Tag identischen Erscheinung zu thun haben, zeigt die daselbst gemachte, im späteren R. bei der rechten Gewere wiederkehrende Ausnahmebestimmung, nach der ausnahmsweise der Ablauf von Jahresfrist dem früheren Erwerber dann nicht nachtheilig werden soll, wenn er außer Landes und so verhindert war, seine Ansprüche gegen den späteren Erwerber früher geltend zu machen.

Ganz anders verhält es sich dagegen mit der Geltendmachung eines durch traditio erworbenen dinglichen Rechts gegenüber denjenigen, die, ohne sich auf eine vom selben Autor an sie erfolgte Tradition zu berufen, dem Erwerber sein Recht an der Sache streitig machen, sei es, daß sie sich für ihr angebliches Recht auf einen andern Autor beziehen, oder einen ursprünglichen Erwerbstitel vorschützen, oder schließlich ohne jeden Erwerbsgrund die tradirte Sache für sich beanspruchen, oder ihren Besitz dem Acquirenten vorenthalten oder streitig machen. Gegen diese Proceßgegner ist der Traditionsempfänger allein auf den Schutz angewiesen, den ihm sein Autor gewährt. An jenen muß er sich wenden, um durch ihn seinen Anspruch gegen den Dritten verfolgen zu lassen. Der Autor muß sodann den Rechtsstreit vollständig zu seinem eigenen machen und nöthigenfalls durch den gerichtlichen Zweikampf sein früheres Eigenthum an der tradirten Sache und somit seine Berechtigung zu der geschehenen Tradition darthun.

Die lex Bajuvariorum tit. 17 c. 2 sagt deshalb: De his qui propriam alodem vendunt vel quascunque res, et ab emtore alter abstrahere voluerit et sibi sociare in patrimonium, tunc dicat emtor ad venditorem: Terram aut quaecunque fuerit res abstrahere mihi vult vicinus meus, dicens quod sua fuerit. Et iste respondet: Ego quod tibi d o n a v i, cum lege integra et verbis testificatione firmare volo. Super septem noctes fiat constitutum. Si dicit, cum utrisque utraeque partes conveniunt: cur invadere conaris territorium quod ego juste jure hereditatis donavi? Ille alius contra: cur meum donare debuisti, quod antecessores mei antea tenuerunt? Iste vero dicit: Non ita, sed mei antecessores tenuerunt, et mihi in alodem reliquerunt, et vestita est illius manus cui tradidi, et firmare volo cum lege. Si statim voluerit liberam habet potestatem. Sin autem, postea super tres dies aut quinque aut certe septem ea ratione firmet. Per quatuor angulos campi, aut designatis terminis, per haec

verba tollat de ipsa terra, vel aratrum circumducat, vel de herbis aut ramis, silva si fuerit: Ego tibi tradidi, et legitime firmabo per ternas vices. Dicat haec verba, et cum dextera manu tradat; cum sinistra vero porrigat wadium huic qui de ipsa terra cum mallat, per haec verba: Ecce wadium tibi do quod terram tuam alteri non do, legem faciendo. Tunc ille alter suscipiat wadium et donet illum vicessoribus istius ad legem faciendam. Si causa fuerit inter illos pugnae, dicat ille qui wadium suscepit: Injuste territorium meum alteri firmasti, id est farsvirotos. Ipsum mihi debes reddere, et cum duodecim solidis componere. Tunc spondeant pugnam duorum, et ad Dei pertineat judicium. Sin autem, cum sacramento se defendat, id est, cum duodecim, quod suam terram injuste non firmaret alteri, nec suae ditioni restituere deberet, nec cum duodecim solidis componere.

Uebereinstimmend hiermit verordnet ein Langobardisches Capitular[19]), daß in dem Falle, wo der Tradent selbst nicht im Be-

[19]) l. Langob. Guidonis V. Vrgl. l. Wisigoth. V, tit. IV. no. 20. Mit den obigen Grundsätzen scheint in Widerspruch zu stehen l. Liutprand. 54. (II, 35. 6). Indessen ist hier, wie die dazu gehörige Formel zeigt, der Fall so zu denken, daß der Beklagte, gegen den auf Grund einer charta donationis der nichtbesitzende Erwerber des dinglichen R. klagt, nicht ein Dritter, vielmehr ein solcher Besitzer ist, der seinen Besitz von dem Autor der charta überkommen hat (S. die Worte desselben: per scriptum, quod pater Johannae socer tuus fecit etc.). Daß im Uebrigen der Besitz einer charta keineswegs immer zu einer selbständigen Vertretung des darin gegebenen dinglichen R. legitimirte, zeigt die Formel zu l. Liutprand. 52, ferner die Formel zu ibid. 69 (Petre te apellat Martinus, quod tu tenes sibi terram in tali loco malo ordine. Ipsa terra mea propria est. Quid tibi pertinet? Per cartam. Et tibi quid pertinet? Per cartam. Data vadia ad invicem, unus de ostendere cartam de uno fratre, et alius de alio. Et si nullus de fratribus venerit in auctoritatem, dicat ipse, qui tenet, possessionem de XXX annos), deren Entscheidung im nachfolgenden Text wohl nur deshalb eine thörichte (responsum secundum asinos) genannt wird, weil sie der factischen Voraussetzung des betreffenden Falles nicht entsprechen mochte.

sitze der tradirten Sache zur Zeit der Tradition ist, dieser sich vielmehr in der Hand eines Dritten befindet, der Traditionsempfänger, ungeachtet seines an derselben vom nicht besitzenden Autor erworbenen dinglichen Rechts, dieses nicht eher gegen den Dritten ausüben und den Besitz ergreifen darf, als bis der Autor für ihn die fragliche Sache vindicirt hat.

Wenn nun auch wohl angenommen werden darf, daß dem Erwerber Rechtsmittel zu Gebote standen, um seinen Autor durch den Richter zur Wahrnehmung und Vertretung seiner Rechte Dritten gegenüber zu zwingen[20]), so blieb doch

---

[20]) Im deutschen Lehnrecht trat in diesem Falle, wenn der Herr die Vertretung ablehnte, Berufung an den Oberherrn ein. S. unten S. 36. Für das ältere Recht dürfte die Möglichkeit, den Autor zur Verfolgung des Rechts seines Successor gegenüber von Dritten zu zwingen, aus der allerdings nur für einen ganz speciellen Fall getroffenen Verordnung des cap. Ludovici Pii de 819 c. 6 hervorgehen, laut deren einmal der Erbe des Tradenten für gezwungen erklärt wird, die von seinem Erblasser vorgenommene traditio anzuerkennen und den Erwerber in die Gewere einzuweisen (necessitas incumbat illam perficiendi), ferner aber ihm gegen die Vollziehung der Besitzeinweisung der Einwand abgeschnitten wird, die zu tradirende Sache befinde sich noch im Mitbesitz eines Miterben. Es wird mit Rücksicht hierauf bestimmt, daß der Dritte (Miterbe) durch den comes oder missus zur Theilung mit dem Traditionsempfänger gezwungen werden könne. Aus dem Zusammenhang dieser letzteren Bestimmung mit dem vorhergehenden Text jenes Capitulars geht nun hervor, daß der Zwang gegen den Dritten hier Namens des zur Besitzeinweisung Verbundenen ausgeübt wird, wenngleich er zum Vortheil des Traditionsaccipienten Statt findet (vrgl. die Worte: Et si nondum res suas cum coheredibus suis divisas habuit, non ei hoc sit impedimento; sed coheres ejus, si sponte noluerit etc.). Zunächst geht also auch hier der Anspruch gegen den Tradenten (resp. dessen Erben) und erst, wenn dieser seiner Verbindlichkeit zur Uebertragung der Gewere, beziehungsweise zur Geltendmachung des Rechts seines Successor dem Dritten gegenüber nicht nachkommt, wird auf Grund der Klage gegen den Autor, die gewissermaßen mit Attractionskraft den in der Hand des Dritten befindlichen Besitz ergreift, auch dieser letztere im Wege der Realexecution zu ihrer Herausgabe an den Erwerber vom Richter gezwungen. In dieser Beziehung zeigt sich zu Gunsten der mehr selbständigen Geltendmachung des abgeleiteten dinglichen Rechts auf Seiten des Traditionsempfängers ein Fortschritt in der dem obigen Capitular entlehnten

die Möglichkeit, sein dingliches Recht durch die Vermittelung eines Andern zu realisiren, immer nur eine höchst precäre. Denn abgesehen davon, daß es oft schwierig, ja unmöglich sein mochte, den Autor zu stellen, lag die Gefahr einer Collusion zwischen diesem und dem Dritten sehr nahe[21]).

In einer Zeit, wo die Rechtsbegriffe noch wenig ausgebildet und gesichtet waren, darf es uns daher nicht Wunder nehmen, daß, wenngleich einerseits, wie gezeigt, das aus der germanischen Tradition entspringende Recht für ein dingliches Recht angesehen wurde, sich andrerseits im Widerspruch damit in den Rechtsquellen jener ältesten Periode Aussprüche vorfinden, welche von der Vollziehung der Investitur durch den Autor, die doch im Grunde nichts mehr und nichts weniger ist, als die Folge der allgemeinen, für Jeden, nicht bloß für den Veräußerer selbst, bestehenden und deshalb obligatorischen Verbindlichkeit, das dingliche Recht eines Andern (des Erwerbers) anzuerkennen, in einer Weise reden, als handle es sich dabei um eine, nur den Veräußerer selbst ergreifende und deshalb obligatorische Verbindlichkeit, für die er bei der Tradition durch ein Gelöbniß, unter Umständen sogar durch Bürgen Sicherheit leisten mußte[22]).

In der That konnte man, wenn man von außen her, d. h. abgesehen von dem, durch den Autor und diejenigen, die von ihm Rechte an derselben Sache ableiteten, gebildeten Personenkreis, das Rechtsverhältniß betrachtete, leicht zu der Anschauung gelangen, die Tradition gebe dem Empfänger nichts als einen persönlichen Anspruch gegen den Tradenten, um so von diesem Standpunkte

---

Bestimmung der libri feudor. II, 58. §. 2, den man wohl dem Einflusse des R. R. zuschreiben darf. Während dort nur von dem Tradenten und davon die Rede ist, daß dieser an der Besitzeinweisung durch den Umstand des Mitbesitzes eines Andern nicht gehindert sei, weil u. s. w., giebt das Langobardische Lehnrecht dem Vasallen bereits eine directe Klage gegen den dritten Miterben.

[21]) l. Liutprand. 43 (II, 36. 2).

[22]) cap. Lud. Pii 819 c. 6. Dipl. a. 1049 Möser, Osnabr. Gesch. II. Urk. 21. 22 (investituram traditionis digito suo promittere).

aus das Rechtsverhältniß als ein rein obligatorisches aufzufassen. Bekam schon hierdurch in der Rechtsanschauung der damaligen Zeit das durch die traditio begründete Recht einen zwitterhaften Charakter, so fand diese Auffassung, als sei es ein Mittelding zwischen Obligation und dinglichem Recht, noch in dem Umstande ihre Bestätigung, daß die Besitzeinweisung dem Erwerber nicht blos etwas gab, das ihm schon ohnehin zustand, vielmehr implicite mit Uebertragung der factischen Gewere seinem schon vorhandenen dinglichen Rechte ein Mehr hinzufügte: nicht sowohl an factischer Macht, sondern auch an rechtlichen Vortheilen.

Denn die Erlangung der Gewere gab ihm sehr erhebliche Vortheile hinsichtlich des Beweises[2]) und verschloß außerdem dem Tradenten

23) Diese bestanden, wie wir dies auf Grund analoger Bestimmungen des spätern Rechts wohl bereits für die älteste Zeit annehmen dürfen, darin: daß bei einem Streite über die Thatsache der Tradition der angebliche Traditionsempfänger, sofern er bereits die Gewere erlangt hatte, im Vergleich zu seinem Autor näher zum Beweise seines Rechts und in dem Maße auch dem Obsiegen näher war als dieser, während, so lange ihm die Gewere fehlte, er dem besitzenden Autor, wenn dieser die stattgehabte Tradition bestritt, im Beweise nachstand (Sächs. L. R. III, 4 §. 1, I, F. 4 §. 1). Nicht minder machte auch in Hinsicht der Art der gegen den Autor beizubringenden Beweismittel der Umstand, ob der Successor bereits im Besitze der tradirten Sache war oder nicht, einen Unterschied insofern, als von dem nichtbesitzenden Erwerber ganz bestimmte, besonders qualificirte Beweismittel (bestimmte Zeugen oder Urkunden) verlangt wurden, und er, wenn er diese zu producieren nicht im Stande war, Gefahr lief, daß der Autor die Thatsache des Abschlusses eines dinglichen Vertrages zwischen ihm und seinem Gegner, eidlich ableugnete (I, F. 4 pr. §. 1); während der Besitzer durch leichter herbei zu schaffende Beweismittel sein Recht an der Sache und die Behauptung, daß er auf Grund einer Tradition besitze, beweisen durfte. (Sächs. Lehnr. art. 7 §. 4. 6, art. 5 § 2. Homeyer, System des Lehnrechts §. 33 S. 406 §. 83). Hierin muß man mit Brackenhöft a. a. O. §. 5 S. 72 die Bedeutung suchen der für die Vollziehung des dinglichen Vertrages im ältesten deutschen Recht vorgeschriebenen Formen (Abschließung vor Zeugen oder durch Urkunden oder vor Gericht). Nicht sowohl der Rechtsbeständigkeit, als der Beweisbarkeit wegen war die Beobachtung jener Formen nothwendig und ward der letztere Gesichtspunkt in den Quellen der ältesten Zeit, welche dieselben vorschrieben, zunächst wohl allein ins Auge gefaßt. Dieser fiel aber ver-

die Möglichkeit, dieselbe Sache auf einen Anderen zu übertragen, so daß der Erwerber nicht mehr Gefahr lief, durch eine später vorgenommene Tradition und die rechte Gewere eines jüngeren Erwerbers seines dinglichen Rechts verlustig zu gehen. Die Gewere bildete ferner ja auch für ihn die Vorstufe für den Erwerb der rechten Gewere, durch welche sein dingliches Recht einmal gegen eine etwa früher vom selben Autor vorgenommene Tradition derselben Sache sicher gestellt wurde, und ferner ihm die Möglichkeit eröffnet ward, sein Recht nunmehr gegen jeden Dritten selbständig zu verfolgen, ohne dazu noch ferner der Hülfe des Autor zu bedürfen.

Endlich ein Vortheil, den schon die Gewere an sich, nicht erst die rechte Gewere dem Besitzer gab, bestand, wie wir dies wohl bereits für die ältesten Zeiten der deutschen Rechtsgeschichte annehmen dürfen, darin: daß, wenngleich dem deutschen Recht eine Sonderung zwischen petitorium und possessorium unbekannt war, vielmehr das possessorium immer zugleich einen Streit um das Recht zum Besitze einer Sache involvirte, dennoch in dubio der Umstand, daß die eine Partei sich auf die factische Gewere (gegenwärtige oder ehemalige) berufen konnte, während der andern eine Gewere nicht zur Seite stand, insofern den Ausschlag gab, als die, welche Gewere nachwies, für näher zum Beweise erachtet wurde als die Gegenpartei: darüber, daß ebenso wie sie schon hinsichtlich des Besitzes im Vortheil, auch ihr Recht das bessere sei.

---

möge der Grundsätze des altdeutschen Processes im Effect fast vollständig mit der Rechtsbeständigkeit des dinglichen Vertrages zusammen. Denn von dem Erwerb eines wirksamen dinglichen Rechts konnte erst dann die Rede sein, wenn der Erwerber der eidlichen Ableugnung desselben von Seiten des Autor mit andern Beweismitteln als der etwa seinerseits zu beschwörenden Behauptung, daß eine Tradition zwischen ihnen vorgenommen worden sei, zu begegnen im Stande war. In dieser Beziehung gab ihm dann erst wieder die Gewere das Mittel, sein Recht selbst da zu behaupten, wo es ihm nicht möglich war, die Thatsache des dinglichen Vertrages durch die sonst nothwendige Beibringung der formellen Beweismittel darzuthun.

Im Zweifel (also z. B. da, wo der Autor sich keinem zu einer früheren Tradition bekannte, weil er sich des Zeitpunkts derselben nicht mehr erinnern konnte), entschied daher unter zwei Prätendenten, die ihre Rechte auf dieselbe Sache von einem gemeinschaftlichen Autor ableiteten, der Umstand, wer die Gewere an derselben erlangt hatte. Ebenso gab schließlich auch da, wo beiden Theilen verschiedene Autoren zur Seite standen, von denen keiner ein besseres Recht nachweisen konnte als der andere, die Gewere den Ausschlag. Vorausgesetzt hierbei wurde aber immer, daß der Besitz, welcher den Ausschlag geben sollte, ein fehlerfrei und ohne absichtliche oder sogar gewaltsame Kränkung des gegnerischen Rechts erworbener Besitz war[24]).

Die rechtlichen Vortheile, welche die Uebertragung der Gewere demjenigen gab, der auf Grund eines dinglichen Vertrages ein Recht an einer Sache erworben hatte, waren sonach immerhin bedeutend genug, um es nicht wunderbar erscheinen zu lassen, daß die Handlung der Besitzeinweisung in dem mehrgedachten Capitular Ludwigs des Frommen als eine Handlung bezeichnet wird, welche die Tradition vervollständige[25]). Damit aber bekam sie den Anschein, als sei sie nicht ein Nachgeben und Folgeleisten gegenüber dem dinglichen Recht eines Andern (des Traditionsempfängers), stelle vielmehr ein dare oder facere dar[26]).

---

[24]) II, F. 27 §. 7. 8; II, F. 34, §. 1. Homeyer, Lehnrecht S. 407.

[25]) Vrgl. dort die Worte: ne heredi ulla occasio remaneat hanc traditionem immutandi, sed potius necessitas incumbat illam perficiendi.

[26]) S. daselbst die Worte: fideijussores vestiturae donet ei, qui illam traditionem accipit, ut vestituram faciat.

Zweites Capitel.

Die Investitur des deutschen Lehnrechts.

Wenn schon das durch die ältere germanische Tradition begründete dingliche Recht manche Momente aufweist, die zu einer Vergleichung zwischen ihm und dem sg. jus ad rem der Commentatoren auffordern, so ist dies in noch weit höherem Grade der Fall bei dem Rechte, welches nach deutschem Lehnrecht der Vasall durch die Investitur (lenunge) erwarb.

Daß diese ebenso, wie die germanische traditio, als ein Vertrag anzusehen ist und keineswegs auf eine und dieselbe Stufe mit der gerichtlichen Auflassung des späteren Landrechts gestellt werden darf, leuchtet von selbst ein, wenn man bedenkt, daß, obschon der Ort der Lehnsinvestitur der mit Lehnsmannen besetzte Lehnshof war, der das Lehnsgericht hegende Lehnsherr bei dem von ihm vorgenommenen Acte der Belehnung nicht als Richter, der einen Act der freiwilligen Gerichtsbarkeit vollzieht, vielmehr als Partei und Mitcontrahent thätig war[1]).

---

[1]) Wenn wir hier die Vertragsnatur der lehnrechtlichen Investitur betonen, so sind wir doch weit entfernt, sie etwa mit dem Lehnscontracte, aus dem erst auf Vollziehung der Investitur geklagt werden muß, zu verwechseln. Letzterer verhält sich zu jener wie ein obligatorischer Vertrag, z. B. Kauf zur römischen traditio. Nichts desto weniger stellt aber beides, Lehnscontract und Investitur, einen Vertrag dar, nur auf verschiedenen Rechtsgebieten, jener einen obligatorischen, diese einen dinglichen Vertrag.

Nicht minder darf es bezweifelt werden, daß die Lehnsinvestitur ein dinglicher Vertrag ist. Ein Act der Besitzübertragung ist es nicht, denn dieser kann zwar, braucht aber nicht immer gleichzeitig mit der Investitur verbunden werden und unterscheidet sich im deutschen Lehnrecht als eine besondere Handlung (Einweisung, demonstratio) sehr wesentlich von dem Acte der Lehnserrichtung[2]). Ebensowenig giebt die Belehnung dem Vasallen etwa nur einen persönlichen Anspruch gegen den Herrn auf Uebertragung eines dinglichen Rechts an dem geliehenen Gute. Denn, wenn auch nach deutschem Lehnrecht die Lehnung selbst dem Vasallen noch keine Gewere giebt, diese vielmehr erst in Folge der Einweisung in das Gut auf ihn übergeht, so wird doch eben nur, abweichend vom Landrecht, welches mit dem Namen der Gewere (juristischen Gewere) auch schon das aus der gerichtlichen Auflassung entstandene Recht bezeichnet, die Bezeichnung „Gewere" nicht auf das durch die Lehnung geschaffene Recht übertragen, ohne daß dieses deshalb etwa weniger den Charakter eines dinglichen Rechts gehabt hätte[3]). Es ist dies ein Beweis dafür, wie wenig der an sich schon so zweifelhafte und unklare Begriff der Gewere geeignet ist, um danach das deutsche Sachenrecht des Mittelalters nach allen Seiten hin richtig beurtheilen zu können. Denn der Umstand, daß in den deutschen Rechtsquellen mit einem Rechte der Name Gewere verbunden wird, ist durchaus nicht ausschließlich maßgebend für die richtige Bestimmung

---

[2]) Sächs. Lehnrecht 10 §. 3. Svenne en herre sinem manne gut bevisen let dat he ime liet, tohant hevet die man die gewere an deme gude, die des herren was er he't ime gelege. Schwäb. Lehnr. 158 (Laßberg) Richtsteig Lehnr. 29 §. 4. Homeyer, Lehnr. S. 395 ff.

[3]) Dagegen ward das R. an einem bereits früher errichteten, vor dem Herrn und mit dessen Bewilligung durch einen an einen andern Vasallen aufgelassenen Lehen mit dem Namen Gewere (juristische) bezeichnet, auch wenn dies noch nicht in den Besitz des Erwerbers gelangt war. Sächs. Lehnr. 39 §. 1. Homeyer a. a. O. S. 417. 420.

der rechtlichen Natur und der Wirkungen des also bezeichneten Rechts. Vielmehr wird man darin Beseler entschieden beistimmen müssen, wenn dieser behauptet[4]), daß die leitenden Principien des früheren deutschen Sachenrechts in der Gewere allein jedenfalls nicht enthalten sind. Was insbesondere die Beurtheilung der derivativ erworbenen dinglichen Rechte anbetrifft, wird immer der dingliche Vertrag und die gerichtliche Auflassung den Ausgangspunkt einer jeden Untersuchung der Natur und der Wirkungen der also entstandenen Rechte bilden müssen.

Daß nun aber wirklich das durch die deutsche Lehnsinvestitur vom Vasallen acquirirte Recht schon in seinem Stadium vor der vollzogenen Einweisung in die Gewere des geliehenen Gutes ein Recht von dinglicher Kraft war, geht, trotz der Nichtbezeichnung desselben als Gewere aus folgenden Thatsachen hervor.

Der Vasall kann auf Grund der Belehnung vom Herrn fordern, daß er ihn in das Gut entweder selbst oder durch einen Bevollmächtigten einweise. Weigert der Herr die Einweisung, so kann sich der Mann ohne dieselbe und ungeachtet der ausgesprochenen Weigerung, des Gutes selbst unterwinden[5]). Diese im Weigerungsfalle an Stelle der Einweisung tretende Unterwindung hat sodann dieselbe rechtliche Wirkung wie die Einweisung selbst. Auf den Willen des Herrn und darauf, daß dieser seine ursprünglich bei der Belehnung ausgesprochene Absicht, den Besitz der geliehenen Sache dem Vasallen einzuräumen, inzwischen aufgegeben hat, kommt sonach hier nichts an. Schon dies ist mit der Annahme eines bloß persönlichen Rechts völlig unverträglich. Denn, wenn sonst Jemand seinen ursprünglich vielleicht vorhandenen und erklärten Willen, zu tradiren, ändert, bevor der Accipient dieser

---

4) System des deutsch. Privatr. (2. Aufl.) §. 79 Note 18.

5) Sächs. Lehnr. 10 §. 4. Svan aver die herre weigeret to bevisene sogedan gut als he ime gelegen hevet, de man underwinde sik sogedanes gudes als ime de herre gelegen hevet, svar't sime herren ledich si, sunder bewisunge. Schwäb. Lehnr. 20.

Offerte den Besitz der zu tradirenden Sache ergreift, und der letztere, ungeachtet jener ihm bekannten Willensänderung, sich dennoch in ihren Besitz setzt, so erlangt er damit doch an der Sache kein Eigenthum noch ein anderes dingliches Recht[6]). Anders hier, wo der Wille zu tradiren auf Seiten des dominus schon von dem Momente an, wo er erklärt hat, tradiren zu wollen, für absolut gebunden gilt: eine Thatsache, die nur mit der Existenz eines durch jene Erklärung creirten dinglichen Rechts vereinbar ist.

Die Dinglichkeit des aus der Belehnung entspringenden Rechts zeigt sich aber ferner darin, daß der früher beliehene Vasall gegen Jeden, der vom selben Herrn mit derselben Sache später beliehen worden ist, sein Recht an der Sache geltend machen kann[7]).

Ebenso soll zwischen mehreren Prätendenten, welche sämmtlich von demselben Herrn ein Recht auf dasselbe Gut ableiten, die frühere Belehnung da den Ausschlag geben, wo, obschon beide sich nicht bloß auf ein Recht aus der Lehnung, sondern auch auf Gewere stützen, nicht mehr zu constatiren ist, wer von ihnen früher und wer später in den Besitz des Gutes gelangt, beziehungsweise darin eingewiesen worden ist[8]). Auch hier bildet deshalb das durch die Belehnung an und für sich erworbene Recht unabhängig von der hierauf gestützten Gewere das entscheidende Moment bei dem Rechtsstreite um die Sache.

Auf der andern Seite war aber nach deutschem Lehnrecht das Recht des Vasallen, so lange derselbe den Besitz des geliehenen Gutes noch nicht erlangt hatte, ein dingliches Recht ~~von nur~~

6) l. 6 D. de donat. (39. 5). Exner, die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition (Wien, 1867) S. 19.

7) Sächs. Lehnr. 7 §. 4. Of twene man en gut anspreket, die beide der gewere darvet, beide solen sie benomen die tiet der lenunge, unde svelk ir die erren lenunge getügen mach, die sal it mit rechte behalden. Görlitzer Lehnr. III, 15 a. (Ausg. v. Homeyer); Richtst. Lehnr. 29 §. 1 a. E. §. 5.

8) Richtst. Lehnr. 29 §. 6. Sächs. Lehnr. 38 §. 1 (erren lenes geweren). Homeyer, Lehnr. S. 618.

ein Recht von immer nur relativer Bedeutung. Und zwar war dies hier in noch höherem Grade der Fall, als bei dem aus der Tradition der Volksrechte hervorgehenden dinglichen Rechte.

Während wir dort sahen, daß da, wo von demselben Autor dieselbe Sache an verschiedene Personen mehrere Male hinter einander tradirt worden war, der erste Traditionsempfänger sein dingliches Recht einem auf eine später vorgenommene Tradition sich stützenden Prätendenten gegenüber auch selbst dann noch geltend machen konnte, wenn dieser nicht nur ebenso wie der frühere Traditionsempfänger ein dingliches Recht an der Sache beanspruchte, sondern sie auch bereits in Besitz genommen hatte und erst durch die von dem letzteren erworbene rechte Gewere ausgeschlossen wurde; sehen wir im deutschen Lehnrechte das Recht des früher belehnten, aber noch nicht besitzenden Vasallen schon da untergehen, wo ein später Beliehener die körperliche Gewere des fraglichen Gutes erlangt hat, ohne daß diese deshalb schon zu einer rechten Gewere von Jahr und Tag geworden zu sein braucht[9]). Der letzteren bedarf, um gegen frühere, vom selben Herrn abgeleitete Lehnsansprüche geschützt zu sein, ein jüngerer Erwerber nur dann, wenn der früher beliehene Vasall nicht sowohl das bloße dingliche Recht, sondern auch bereits die Gewere an dem streitigen Gute früher einmal inne gehabt hatte[10]). Es entspricht dieser Grundsatz des deutschen Lehnrechts, wonach schon der Vorzug der erlangten factischen Gewere auf Seiten eines jün-

[9]) Sächs. Lehnr. 37 §. 3. Svie so die rechten geweren an eneme gude hevet, die sal't mit mereme rechte behalden denne jene die der rechten gewere darvet. Schwäb. Lehnr. 10 b. (Laßberg). Swer daz gût in gewer hat, unde sprichet daz ein andre an, der der gewer darbet, wen sol den geziugen erteilen, der die gewer hat. Richtst. Lehnr. 29 §. 1 — here dat gud to N. dat hebbe ik in lene unde in geweren, unde bidde enes ordels etc. Homeyer a. a. O. S. 618 (No. 1 und vorher).

[10]) Sächs. Lehnr. 37 §. 3. Richtst. Lehnr. 29 §. 2. Homeyer a. a. O. No. 2 a.

geren Vasallen zur Ausschließung des der Gewere darbenden älteren Vasallen genügt, genau einem für einen ähnlichen Collisionsfall mit Bezug auf das jus ad rem aufgestellten Lehrsatze der Commentatoren, den wir unten näher in Betracht ziehen werden.

Der relative Charakter des allein auf die Lehnung ohne Gewere gestützten dinglichen Rechts des Vasallen zeigt sich ferner aber noch darin, daß das Lehen ohne Gewere keine Folge hat an einen neuen Herrn: dergestalt, daß der verleihende Herr es in seiner Hand hat, durch Veräußerung seines Obereigenthums an einen anderen Herrn das Recht des Beliehenen in Frage zu stellen[11].

Zur Vervollständigung der Lehre, welche das deutsche Lehnrecht über die verschiedenen Möglichkeiten einer Collision mehrerer, vom selben Autor mit demselben Gute beliehener Vasallen aufstellt, müssen wir sodann noch anführen, daß beim Zusammentreffen mehrerer Vasallen, welche sämmtlich sich nicht bloß ein Recht auf das Gut, sondern auch die Gewere an demselben zuschreiben, die ältere Gewere und zwar da, wo der eine nicht frühere Besitzhandlungen darthun kann als der andere, die auf frühere Einweisung gestützte Gewere den Vorzug geben soll, während, wie bereits erwähnt, wenn auch in dieser Beziehung eine Priorität nicht zu erweisen ist, wiederum die frühere Belehnung den Ausschlag giebt[12].

Eine sehr wichtige Voraussetzung, von der der Vorzug der älteren Gewere abhing, bestand aber darin, daß die Ergreifung des Besitzes durch die eine Partei von der andern nicht angefochten sein durfte, eine Bedingung, wie sie ja auch für das Zustandekommen der rechten Gewere bestand[13]. Daß schließlich die rechte Gewere, selbst da, wo sie der Entstehungszeit nach die jüngere war, vor jeder andern Gewere den Vorzug hatte, ist bereits oben angeführt worden.

---

11) Sächs. Lehnr. 11 §. 1, 59 §. 3 (desgleichen hing die Möglichkeit der Vererbung von Erlangung der Gewere ab. Homeyer a. a. O. S. 412. 413).

12) Richtst. Lehnr. 29 §. 3. 4; Schwäb. Lehnr. 157.

13) Richtst. Lehnr. 29 §. 1.

In allen diesen Fällen einer Concurrenz mehrerer mit demselben Gute und vom selben Herrn beliehener Vasallen erfolgt die Geltendmachung des bestrittenen Rechts durch die Parteien in durchaus selbständiger Weise[14]). Der Streit selbst wird vor dem Herrn als dem Vorstand des Lehnshofes geführt[15]), und kann schon aus diesem Grunde von einem völligen Eintreten des Herrn in den Proceß an Stelle der einen oder der andern Partei keine Rede sein. Indessen kommt doch auch hier eine Art Rechtsvertretung durch den Herrn insofern vor, als da, wo auf andere Weise sich das Recht des Einen nicht als das bessere darthun läßt, im Vergleiche mit dem Recht des Andern, das Bekenntniß des Herrn, daß und wann er das Gut geliehen hat, in der Beziehung entscheiden soll, als derjenige, zu dessen Gunsten es ausfällt, berechtigt wird, durch alleinigen Eid die frühere Belehnung zu beweisen[16]). Vorausgesetzt wird jedoch in diesem Falle, daß keiner von beiden Theilen die Gewere des streitigen Gutes hat[17]).

Wir wenden uns nun zur Betrachtung des andern Falles, wo die um ein Lehen streitenden Parteien ihre vermeintlichen Rechte nicht von demselben Herrn, sondern entweder überhaupt nicht aus einem derivativen Titel herleiten, oder sich doch auf verschiedene Herren berufen. Hier gilt denn für das deutsche Lehnrecht dasselbe, was wir von den Wirkungen des deutschen dinglichen Vertrages für diesen Fall bereits oben angeführt haben. Zu einer selbständigen Vertretung seines Rechts gegenüber einem solchen Dritten, der mit ihm nicht denselben Herrn hat, ist der Vasall nur da befähigt, wo er an dem Gute die rechte Gewere

---

14) Richtst. Lehnr. 29 §. 1.

15) Der Landrichter greift in den Streit um das Lehen zwischen mehreren Vasallen nur insofern ein, als er beiden Theilen während des Processes, der selbst vor den Lehnsherrn verwiesen wird, zur Vermeidung der Selbsthülfe Besitzhandlungen am Gute vorzunehmen verbietet. R. St. Lehnrecht 29 §. 8; Sächs. Landr. II, 42 §. 4.

16) Richtst. Lehnr. 29 §. 4. 6. 17) ibid. 29 §. 5.

von Jahr und Tag erlangt hat, ohne daß hierzu etwa schon die Gewere schlechthin, noch die im Vergleich zu der eines Andern frühere Lehnsgewere genügte[18]). Im Uebrigen muß sich der in seinem Recht angegriffene Vasall und, wo beide Parteien Vasallen sind und verschiedene Herren haben, jede von beiden durch seinen Herrn vertreten lassen[19]), und entscheidet sodann das bessere Recht der Antoren[20]).

Sowohl zu dem Bekenntniß, daß und wann er den Mann beliehen habe, wie auch zur Vertretung des Vasallen im Rechtsstreite mit dritten, nicht von ihm beliehenen Personen war der Herr in Folge der mit der Belehnung übernommenen Gewährleistungsverbindlichkeit verpflichtet. Kommt er dieser nicht nach, so kann sich der Vasall an den Oberherrn wenden und dem Herrn von diesem die Gewährleistung gebieten lassen. Folgte dann der Herr diesem Gebote nicht, so ging sein Recht an dem Gute verloren und der Mann konnte sich vom Oberherrn das Gut leihen und sich gegen den Dritten in seinem Recht schützen lassen[21]).

Wurde aber auch auf diese Weise dem Vasallen die indirecte Geltendmachung seines Rechts durch die Vermittelung seines Autor einigermaßen gesichert, so mußte doch dieser Rechtsschutz auf den er, abgesehen von solchen Prätendenten, die ihr Recht vom selben Herrn herleiteten, Andern gegenüber allein angewiesen war, immer nur ein höchst ungenügender bleiben. Denn, welche Mittel dem Vasallen da zu Gebote standen, wo über dem Herrn kein Oberherr stand, ist aus den Quellen nicht zu ersehen; ebensowenig, was zu thun war, wenn der Oberherr gleichfalls die Gewährleistung versagte. Nach dem Sächsischen Landrecht II, 42 §. 4, welches der Möglichkeit einer Berufung an den Oberherrn keine Erwähnung thut, sondern einfach bestimmt, daß, wenn der Herr,

[18]) Homeyer a. a. O. S. 400. Die frühere Lehnsgewere entscheidet nach Richtst. Lehnr. 29 §. 8 nur da, wo beide Parteien denselben Herrn haben.

[19]) Sächs. Landr. II, 42, §. 2. [20]) ibid. II, 42 §. 1. 3.

[21]) Homeyer a. a. O. S. 400. [22]) Sächs. Lehnr. 49 §. 1.

auf den provocirt worden, nicht zu Dinge kommt[22]), während der des andern Theils für ihn eintritt und ihm Gewähr leistet, der verlassene Vasall des Lehns verlustig geht, müssen wir annehmen, daß in solchem Falle, wofern eine Berufung an den Oberherrn nicht stattfinden konnte, dem vom Autor verlassenen Vasallen jede Verfolgung seines dinglichen Rechts unmöglich war und er allein auf einen persönlichen Schadensersatzanspruch wider seinen Herrn angewiesen blieb[23]).

[22]) Dies war nach Sächs. Landr. II, 42 §. 1 hier, wo zwei Vasallen mit verschiedenen Herren sich gegenüberstehen, nicht der Lehnshof, sondern das echte Ding des Landrechts.

[23]) Sächs. Lehnr. 33 §. 1. 3. Richtst. Lehnr. 18 §. 2.

Drittes Capitel.

Die Investitur des Langobardischen Lehnrechts.

Zu einem ungleich wirksameren und seiner Geltendmachung nach viel absoluteren Recht als das, welches die deutsche Lehnung dem Vasallen gab, hatte sich im Langobardischen Lehnrecht das durch die Investitur[1]) begründete vasallitische Recht unter der Hand der Redactoren der libri feudorum entwickelt.

Von der vom Standpunkt des germanischen Rechts aus richtigen Erwägung ausgehend, daß das durch die Investitur begründete Recht, ein Recht am Lehen selbst, mithin ein dingliches Recht sei, wurden die Verfasser der libri feudorum durch das als Interpretationsmittel von ihnen herbeigezogene R. R.[2]), dem ein dingliches Recht von so beschränkter Ausübung, wie das durch den dinglichen Vertrag des germanischen Rechts erzeugte Recht, unbekannt war, dahin geführt, die processualischen Schranken, in welche das einheimische Recht die Geltendmachung des vasallitischen Rechts einzwängte, zu durchbrechen. Sie gaben daher dem Vasallen ohne

---

[1]) Unter Investitur wird bekanntlich im Gegensatz zu der mit Besitzübertragung gleichbedeutenden investitura des älteren germanischen Rechts in den libri feudorum nicht mehr der Act der Einweisung in die Gewere des Gutes, vielmehr die Belehnung (der dingliche Vertrag, die Auflassung) verstanden. II, F. 2 pr.

[2]) II, F. 1 pr.

Weiteres und ohne den Erwerb der rechten Gewere ferner zu verlangen, gegen jeden Dritten, einerlei, ob dieser denselben oder einen andern Herrn zu haben vorgab, eine der römischen rei vindicatio nachgebildete dingliche Klage von absoluter Bedeutung[3]).

Wenn nun aber auch diese Ansicht, die wir für die in den libri feudorum vorherrschende erklären müssen, sich dort mehrfach, ohne einen Zweifel an ihrer eben von uns festgestellten Bedeutung zuzulassen, ausgesprochen findet, so lassen sich doch auf der andern Seite daselbst Spuren einer entgegenstehenden, von einer Minorität der Feudisten aus der Zeit ihrer Abfassung vertretenen Meinung entdecken, die darauf hindeuten, daß das R. R. beziehungsweise die sich darauf stützende Ansicht, welche der Klage des Vasallen den Charakter der rei vindicatio gab, keineswegs gänzlich die Anschauungen zu verdrängen vermogt hatte, daß, gemäß den Grundsätzen des einheimischen Langobardischen Rechts, das mit einem dinglichen Vertrage ohne Gewere verknüpfte dingliche R. ein Recht von bloß relativer Bedeutung und die daraus entspringende Klage von schwächeren Wirkungen sei, als die römische rei vindicatio. Und zwar mußte eine gänzliche Vernichtung der entgegenstehenden germanischen Rechtsanschauungen durch die nach der Seite des absoluten Rechts hin gerichtete, in den libri feudorum vorherrschende Ansicht um so schwieriger sein, als jene die Kraft der Investitur abschwächende Meinung im R. R. selbst eine Stütze fand, welches nur in einzelnen bestimmten Fällen, zu denen die Investitur nicht gerechnet werden konnte, durch bloßen Vertrag ohne gleichzeitige Besitzübertragung dingliche Rechte entstehen ließ und daher dazu aufforderte, auch hier nicht schon mit der Investitur die Entstehung des dinglichen Rechts eintreten zu lassen; wenigstens nicht in dem Sinne eines absoluten dinglichen Rechts

[3]) II, F. 8 §. 1. Rei autem per beneficium recte investitae vasallus hanc habet potestatem, ut tamquam dominus possit a quolibet possidente sibi quasi vindicare II, F. 18, II, F. 58 §. 2 (S. oben S. 24 Note 20.)

(des röm. jus in re), vielmehr in dem Sinne eines der römischen Obligation sich scheinbar mehr nähernden relativ dinglichen Rechts, wie man es im einheimischen Recht vorfand.

So zeigen im Gegensatz von II, F. 43, wonach der Vasall sein Recht am Lehen, Dritten gegenüber, durchaus selbständig verfolgen darf, die von uns bereits oben angeführten Bestimmungen der, der Landfriedensconstitution Friedrich I. vom Jahre 1156 entlehnten §. 7. 8 II, F. 27 noch das alte Recht, demzufolge Berufung auf den Autor resp. da, wo jede Partei von einem andern Herrn ihre Rechte am Lehen ableitet, die Vertretung durch die beiderseitigen Autoren eintreten soll[4]).

Germanischen Ursprungs ist ferner die sowohl in der eben genannten Stelle enthaltene als in II, F. 34 §. 1 wiederkehrende Verordnung, wonach derjenige von mehreren Vasallen, welche sich auf denselben Herrn berufen, seinem Gegner dann vorgehen soll, wenn sich ihm der Herr zu der Belehnung bekennt und er sine fraude besitzt, so lange wie nicht der Gegner etwas vorzubringen vermag, das auch den Umstand, daß jener besitzt, während er der Gewere darbt, zu entkräften vermag. Ein anderes, sehr wichtiges Zeugniß dafür, daß die Ansicht, nach der die Investitur schon an sich und ohne hinzukommende Besitztradition ein absolutes dingliches Recht erzeuge, keineswegs von allen Redactoren der libri feudorum ihren Consequenzen nach richtig erfaßt worden war, bietet sich uns im §. 15 II, F. 26[5]) dar: eine Stelle des Langobardischen Lehnrechts, auf die wir im weiteren Verfolg unserer Untersuchung noch öfter werden zurückkommen müssen. Hier wird nämlich dieselbe Frage, die, wie wir unten sehen werden, von den

---

[4]) S. im Uebrigen über diese Stelle oben S. 27. 28.

[5]) Si facta de feudo ivestitura poeniteat dominum, antequam possessionem transferat, an praestando interesse vasallo liberetur, quaesitum fuit. Responsum est: praetermissa illa condemnatione, dominum possessionem feudi, de quo investituram fecit, tradere compellendum.

Glossatoren und Commentatoren für bestimmte Obligationen des R. R. insbesondere hinsichtlich der Verbindlichkeit des Verkäufers zur Tradition der verkauften Sache aufgestellt wird, ob aus denselben Realexecution stattfinde, oder aber der Verklagte sich von der Herausgabe einer in specie zu leistenden Sache durch Zahlung ihres Aequivalents in Gelde liberiren könne, von dem Feudisten auch hinsichtlich des aus der Investitur folgenden Anspruchs des Vasallen auf Einweisung in den Besitz des Lehns durch den Herrn aufgeworfen und enschieden. Daß ein Zweifel an der Zulässigkeit der Realexecution in diesem Falle überhaupt möglich war, und die Frage aufgeworfen werden konnte, ob etwa der Herr sich durch eine Geldentschädigung von der Herausgabe des Lehns in natura loszumachen vermöge, wie auch ferner der Umstand, daß die Handlung der Besitzeinweisung als ein tradere bezeichnet und als solches mit dem tradere verglichen wurde, zu dem nach R. R. gewisse, nur obligatorisch verbundene Contrahenten z. B. der Verkäufer einer Species verpflichtet waren, darf als Beweis dafür angesehen werden, daß zur Zeit der Abfassung der libri feudorum keineswegs bei allen Feudisten die Ansicht durchgedrungen war, daß die Investitur allein bereits dem Vasallen ein vollwirksames dingliches Recht gebe, vielmehr manche auf Grund der beschränkten rechtlichen Wirkungen, die das germanische Recht mit seinem dinglichen Vertrage verknüpfte und die ihn gewissen römischen Obligationen ähnlich erscheinen ließen, eher geneigt waren, den durch die Investitur begründeten vasallitischen Anspruch für einen bloß persönlichen zu erklären, ohne jedoch auf der andern Seite, weil ihnen der Gegensatz zwischen dinglichem Recht und Obligation in seiner ganzen Tragweite nicht zum Bewußtsein kam, die Consequenzen aus jener Annahme zu ziehen. Ihre Bestätigung findet diese unsere Behauptung in einer Stelle des Lombardacommentars des Ariprand, eines zur Zeit der Abfassung der libri feudorum lebenden Interpreten des Langobardischen

Rechts[6]). Derselbe läßt das Lehen zwar auch durch die Investitur erworben werden, aber nicht so, daß es schon vor der Besitzergreifung dem Vasallen gehöre, sondern nur insoweit, als der Herr damit zum dare der Lehnssache obligirt werde[7]). Daß dies einen Widerspruch enthielte, wenn er sagte, das Lehen werde durch die Investitur erworben und dennoch hinzufügte „so daß der Herr zu einem dare verbunden ist", entging ihm bei der damals herrschenden unklaren Auffassung von der Bedeutung der Obligation, welche den Anspruch auf das Geben einer Sache, als einer auf eine Handlung gerichteten Forderung, nicht auseinander zu halten vermogte von dem Rechte an der Sache selber; um so weniger, als, wie wir sehen werden, in Folge der über die Realexecution bei gewissen Obligationen aufgestellten Theorie der damaligen Interpreten des R. R. die auf ein dare oder tradere gerichteten Obligationen eine Gestalt annahmen, die mit der rechtlichen Natur derselben, wie sie nach R. R. bestimmt werden muß, sich nicht mehr vereinigen ließ, sie vielmehr in dingliche Rechte umwandeln mußte.

---

6) Anschütz, die Lombarda-Commentare des Ariprand und Albertus Vorrede S. XIX. Nach ihm lebte Ariprand c. 1136, mithin um dieselbe Zeit, in welche die Abfassung der libri feudorum fällt, die mit dem Jahre 1096 resp. 1136 beginnt. Stobbe, Gesch. der deutsch. R.-Quellen. I, S. 601.

7) ad leg. Langob. lib. III, tit. VIII. de beneficiis et terris tributoriis: Queritur beneficium investitura, ut obligatus sit dominus ad dandum, non quod ejus sit feodum non adepta possessione.

Viertes Capitel.

Die sogenannte investitura abusiva.

Zeigen sich, wie wir oben sahen, bereits zur Zeit der Abfassung der libri feudorum Spuren einer Auffassung, welche der Investitur an sich und ohne Besitzübertragung nicht die Kraft beilegten, ein dingliches Recht im Sinne des römischen jus in re an der geliehenen Sache zu begründen, so ward diese Ansicht, im Widerspruch mit den obigen, das Gegentheil besagenden Bestimmungen der libri feudorum bei den Glossatoren und Commentatoren derselben zur communis opinio, die sich das ganze spätere Mittelalter hindurch behauptete, um erst im 16. Jahrhundert von Duaren[1]) und Andern bekämpft und allmählich wieder durch eine richtige Auslegung der betreffenden Stellen des Langobardischen Lehnrechts verdrängt zu werden.

Gestützt ward diese Ansicht auf eine unrichtige Interpretation einer Stelle der libri feudorum II, 2 pr.: Investitura quidem proprie dicitur possessio, abusivo autem modo investitura.

---

[1]) Duarenus de feud. c. 7 no. 6. Als Anhänger seiner damals noch ziemlich vereinzelt dastehenden Ansicht werden von den Feudisten des 16. Jahrhunderts ferner citirt: Finkelthaus und Ludovicus Romanus, vrgl. Rosenthal: tract. jur. feud. c. VI. concl. 9 not. a. i. f. Hartmann Pistor: Quaest. jur. lib. II. pars II. qu. 29 no. 17. Adam Struve: syntagm. jur. feud. c. VIII. §. 9 no. 2.

Diese hat bekanntlich erst Eichhorn[2]) richtig dahin ausgelegt, daß sie nichts anderes besage, als daß das Wort investitura ursprünglich nur zur Bezeichnung von Besitz (gewere) gebraucht worden sei, später aber auch auf die Handlung der Bestellung eines dinglichen Rechts am Lehen (den dinglichen Vertrag, die Auflassung) im figürlichen Sinne übertragen worden sei.

Früher nahm man dagegen gewöhnlich an, die Stelle unterscheide zweierlei Arten von Investitur: eine, bei der gleichzeitig mit dem Acte der Belehnung der Besitz auf den Vasallen übertragen werde und eine andere, bei der dies nicht der Fall sei[3]). Die erste nannte man investitura propria, die andere abusiva. Andere dachten sich unter investitura abusiva die Handlung der Belehnung als das rechtliche Moment (den Titel) des vasallitischen Rechts, während sie unter investitura propria die Handlung der Besitzeinweisung im Sinne eines rein factischen Acts (traditio possessionis) verstanden, welcher deshalb allein nicht ausreiche, das dingliche Recht am Lehen zu begründen[4]).

Beide Ansichten über die Bedeutung jenes angeblichen Unterschiedes stimmten aber darin überein, daß sie durch die investitura abusiva allein und an und für sich ein dingliches Recht im Sinne des römischen jus in re nicht entstehen ließen und deshalb alle die entgegenstehenden Bestimmungen des Langobardischen Lehnrechts (z. B. II, F. 8 §. 1), welche dem Vasallen auf Grund der Investitur eine dingliche Klage geben, dahin auslegten, als werde daselbst die investitura propria vorausgesetzt, d. h. Belehnung und Besitztradition[5]).

---

2) Einleit. in das deutsche Privatr. S. 531 Note e.

3) Pätz, Lehnr. S. 145.

4) Martinus Laud. lectur. in opere feud. Quid sit inv. tit. II, no. 12. 13.

5) Es wird deshalb in den capitula extraordinaria Baraterii (abgedruckt im Kriegel'schen corpus juris civilis unter No. IV. der libri feudorum appendices) III, (tit. 6 c. 4) das Wort beneficium in II, F. 8 §. 1 in der Weise interpretirt, als bedeute es dort investitura cum traditione.

Man berief sich, um der investitura abusiva die Bedeutung einer Erwerbsart dinglicher Rechte zu nehmen, auf das R. R., dessen l. 15 C. de rei vind. (3, 32), die demjenigen von mehreren Eigenthumsprätendenten den Vorzug giebt, dem die streitige Sache zuerst tradirt wurde, auch hier maßgebend erschien[6]), weil in zweifelhaften, in den libri feudorum nicht entschiedenen Fällen das Langobardische Lehnrecht selbst auf das R. R. verwies[7]). Zu diesen zweifelhaften Fällen mußte aber, wenn man einmal zwei verschiedene Arten der Investitur als feststehend annahm, die Frage nach den Wirkungen der investitura abusiva gerechnet werden, da nirgends ausdrücklich in den libri feudorum gesagt war, daß ein dingliches Recht an einem Lehen ohne Besitztradition bestellt werden könne; die von der Investitur und ihren dinglichen Wirkungen sprechenden Stellen derselben aber, wie gesagt, auf Grund jener Unterscheidung dahin auszulegen waren, daß sie investitura propria voraussetzten. Nicht wenig trug aber ferner auch die oben erwähnte Stelle der libri feudorum §. 15 II, F. 26 dazu bei, die sg. investitura abusiva, für sich allein genommen, nicht für hinreichend zu erklären, um durch sie ein jus in re zu erwerben. Schon die Glosse[8]) zu dieser Stelle wirft die Frage auf, weshalb denn hier noch von einer Tradition geredet werde, zu der der dominus im Wege der Realexecution gezwungen werden solle, wenn schon ohnehin durch die Investitur das Recht an der Sache auf den Vasallen übertragen worden sei, und sucht den

---

6) S. deshalb Adam Struve, syntagm. feud. a. a. O. No. 1.

7) II, F. 1 pr.

8) Verb. Dominum possessionem feudi. — Et intelligas quod hic loquitur de ea investitura scilicet verbali, quae abusivo modo dicitur et non de ea quae proprie dicitur investitura, secundum quod de utraque dicitur supra quid sit investitura c. 1. Alias enim si de propria investitura loqueretur, nulla esset dubitatio. Ad quid enim teneretur dominus tradere possessionem cum jam tradita erat? Et tunc non esset mirum, si vasallus non compelleretur interesse recipere, si nollet.

darin enthaltenen Widerspruch damit zu beseitigen, daß sie sagt: die Stelle sei von der investitura abusiva zu verstehen, aus der eine Verpflichtung zum tradere folge.

Stand es sonach für die Theorie der mittelalterlichen Feudisten fest, daß die investitura abusiva allein nicht ausreiche, ein dingliches Recht zu begründen, so fragt es sich nun weiter, ein wie geartetes Recht denn ihrer Meinung nach die Belehnung an und für sich dem Vasallen geben sollte? Im Allgemeinen lautet hierauf die Antwort, giebt dieselbe dem Vasallen eine Forderung gegen den Herrn auf Einweisung in den Besitz des Gutes[9]).

[9]) S. die oben citirte Gl. ad II, F. 26 §. 15, ferner von älteren Commentatoren des Langobardischen Lehnrechts Johannes Blancus (c. 1230 Laspeyres, Entsteh. der libr. feud. S. 79 ff.) summa super us. feud. cap. Quib. mod. feud. acq. verb. cum supra dictum sit quod etc. (Ausgabe v. Asti a. 1518) Jacobus de Ardizone (c. 1230—1250 Laspeyres a. a. O. S. 67 ff.) summa sive epitome jur. feud. (Cöln 1562) c. 36. 39. [Er beruft sich dafür, daß die inv. abusiva kein jus in re gebe, auf das oben genannte cap. extraord. Baraterii. Er citirt ferner für seine Meinung cap. Lud. Pii d. 819, welches als tit. de ult. vol. in die Lombarda aufgenommen worden war. Dieses sucht er seiner Meinung dadurch anzupassen, daß er die Bedeutung, welche die Ausdrücke investitura und traditio dort haben, völlig umkehrt. Denn den dort zur Bezeichnung der Besitzeinweisung gebrauchten Ausdruck der investitura versteht er von dem Acte der Auflassung (inv. abusiva), während er sich unter der, dort den dinglichen Vertrag bezeichnenden traditio, die traditio possessionis denkt]. Odofredus († 1265). Das hierher gehörige Fragment aus seiner uns nicht erhaltenen summa unter der rubr. quo modo acq. feud. findet sich bei Baldus super us. feud. Rubr. de nova form. fid. verb. invest. (Laspeyres a. a. O. S. 91. 417). Jacobus de Ravanis (c. 1250—1296 v. Savigny, Gesch. des R. R. im Mittelalter V, S. 607 ff.) citirt von Baldus a. a. O. (Laspeyres S. 420). Von späteren Feudisten des 14. und 15. Jahrh. vrgl. Baldus de Ubaldis (1319 oder 1320—1400 Laspeyres a. a. O. S. 107 ff.) sup. feud. Rubr. Quid sit inv. verb abusiva Rubr. si de feud. fuit contr. verb. si facta Rubr. De nova form. fid. verb investitura. Andreas de Isernia (c. 1270 bis 1353 Laspeyres S. 102—104) sup. us. feud. (Lugduni 1564). Praeambula No. 45 und Commentar zu § 15 II, F. 26 (si facta) No. 1. 2. Jacobus Alvarottus († 1453 Laspeyres S. 112 ff.) lect. in us. feud. (Francof. ad Mog. 1570). De nov. form. fid. (Fol. 119) no. 2. Si de

Im Einzelnen ist aber über das, was die Feudisten sowohl über die rechtliche Natur dieser Forderung, als hinsichtlich der ihr beigelegten Wirkungen ausführen, hier Folgendes zu bemerken. Hieraus dürfte sich ergeben, daß, wenngleich zwar einerseits von ihnen

feud. fuer. contr. (Fol. 201) no. 2. 3. Martinus de Caratis Laudensis (aus dem 15. Jahrh. Jöcher: Gelehrtenlexicon verb. Garatus) lect. in op. feud. (Basileae 1564). Quid sit inv. tit. II. no. 6. 7 si de feud. def. contr. etc. tit. IV. verb. si facta no. 1. Jacobinus de St. Georgio (jünger als der eben genannte, von ihm citirte Jurist, aber jedenfalls noch aus der Zeit vor der Mitte des 16. Jahrh., da sein Commentar bereits 1544 zu Lyon gedruckt worden ist) verb. Investivi talem (Fol. 14 v.) no. 1. 2. 3. 4. Jason de Mayno (1453—1519 Lasp. S. 119—120) sup. us. feud. Einleitung. Rubr. Quae sit causa materialis no. 37 (vrgl. ferner seinen Commentar zu l. 15 C. r. v. (3, 32) no. 30. Matthaeus de Afflictis († 1520 Lasp. S. 117) in tres lib. feud. (Lugd. 1560) zu §. 1 de nov. form. fid. u. im tit. Quid sit inv. verb Investitura no. 2. 3. An die genannten italienischen schließen sich endlich einige deutsche Feudisten an, welche dem 16. und 17. Jahrh. angehören. Rosenthal, tract. et synops. tot. jur. feud. (Frankf. et Lips. 1721) c. VI. concl. 6. 9. 11). Herm. Vultejus. De feud. lib. II. (Marpurg. 1595) lib. I. c. 10 no. 10. Joachim Mynsinger, Singul. Obs. jud. imp. cam. centur. VI. (ed. IV. Lips. 1591) cent. IV. obs. 61 no. 1—5. Hartmann Pistor, Quaest. jur. lib. II. pars II. (Heidelbergae 1604) qu. 29 no. 2 u. 11. Adam Struve, syntagma jur. feud. (Francof. ad Mog. 1734) cap. VIII. §. 9 no. 2. Als Anhänger der Ansicht, daß die inv. abusiva ein jus in re hervorzubringen nicht vermöge, werden von jenen deutschen Feudisten auch Ulricus Zasius, Andreas Gail und Wesembeck genannt (S. Rosenthal u. Herm. Vultejus a. a. O.). Ausnahmsweise ließen in gewissen Fällen übrigens auch die der Theorie der invest. abusiva anhängenden Feudisten schon durch die Investitur an sich ein jus in re entstehen. Von diesen hebe ich hier nur einen Fall hervor, wo sie auf Grund eines speciellen Gewohnheitsrechts unter Berufung auf c. 2 X de cons. I, 4 diese Wirkung mit der Belehnung verbanden. Der entferntere Grund hiervon muß m. E. darin gesucht werden, daß überall da, wo laut ausdrücklich sprechender Quellenzeugnisse, namentlich solcher, die wie das genannte c. 2 X de cons. in ihren Augen dasselbe Ansehen genossen, wie die röm. R. Qu., der Ausdruck Gewere (possessio) im Sinne der sg. juristischen Gewere mit dem aus dem dinglichen Vertrage folgenden Recht verbunden ward, die Feudisten und Commentatoren darunter die röm. possessio verstanden (als sg. possessio civilissima Baldus l. ult. C. de sacrosanct. eccl. 1. 2, woselbst er auf c. 2 X de cons. verweist). Hierin ist meiner Meinung nach auch die Veran-

das aus der investitura abusiva entspringende Recht mit dem Namen der Obligation bezeichnet wird, man sich dennoch andererseits von den Einflüssen des einheimischen Rechts nicht in dem Grade loszumachen vermogte, um, unbeschadet der Auffassung jenes Rechts als eines bloß persönlichen, mit demselben nicht dennoch Wirkungen zu verbinden, die mit diesem ihm beigelegten Character unvereinbar waren, es vielmehr zu einem eigenthümlichen relativ dinglichen Rechte machten, wie wir es im deutschen Lehnrecht mit der Belehnung haben verbinden sehen.

Das aus der investitura abusiva entstehende Recht wird zunächst von den Feudisten als ein solches Recht definirt, welches dem Vasallen die Möglichkeit gebe, im Wege der Realexecution in den Besitz der geliehenen Sache zu gelangen. Die Realexecution ist sonach das Moment, welches das durch die inv. abusiva erworbene Forderungsrecht, im Vergleich mit denjenigen Obligationen, aus denen eine Realexecution nicht stattfindet, in den Augen der mittelalterlichen Feudisten als ein Recht von besonderer Eigenthümlichkeit und verhältnißmäßig größerer Stärke, als die anderer obligatorischer Rechte erscheinen läßt.

Aber nicht die Thatsache, daß aus derselben Realexecution stattfand, allein war es, welche nach der damaligen Theorie der

lassung zur Entstehung der Lehre von der symbolischen Tradition zu suchen, welche bekanntlich nach der früher herrschenden Ansicht nicht sowohl den Uebergang eines jus in re, sondern zugleich den Uebergang des Besitzes bewirkte (Exner, Tradition S. 168 ff.). Damit soll indessen keineswegs gesagt sein, daß etwa nach germanischem Recht überall da, wo die sg. juristische Gewere in den Quellen desselben als Ausfluß der Auflassung (traditio) genannt wird, dieselbe ohne Hinzutreten der factischen Gewere resp. rechten Gewere ein jus in re im Sinne eines absolut dinglichen Rechts gegeben hätte. Vielmehr hatte diese gewiß meistens keine andere rechtliche Wirkung, als sie der dingliche Vertrag da gab, wo mit dem aus ihm hervorgegangenen dinglichen Recht in den Quellen der Ausdruck Gewere nicht verbunden ward (S. Homeyer, Lehnr. S. 420). Auch lassen sich Beispiele in deutschen R.-Qu. auffinden, wo eine sg. juristische Gewere nur die Kraft eines relativ dinglichen Rechts hat (S. z. B. Stendaler Urtheilsbuch ed. Behrend, Urth. XXII.).

Forderung aus der inv. abusiva einen eigenthümlichen Charakter gab. Dieser ward vielmehr bestimmt durch die vom römischen Recht abweichende Bedeutung, welche der Realexecution im Mittelalter zugeschrieben wurde. Die Einweisung des Vasallen in das Gut, wofern dieselbe nicht gleichzeitig mit der Investitur vorgenommen ward, sondern einen davon verschiedenen zeitlich getrennten Act bildete, faßten nämlich die Feudisten im Anschluß an das germanische Recht, aber im Widerspruch mit dem R. R. (dessen traditio niemals eine bloße possessionis traditio ist, vielmehr immer zugleich die Uebertragung eines dinglichen Rechts darstellt[10]), als einen rein factischen Vorgang auf, der für sich allein lediglich die possessio (Gewere) auf den Vasallen zu übertragen geeignet war. Wie überhaupt galt das dann auch von der im Wege der Realexecution durch den Richter vorgenommenen Einweisung des Vasallen in den Besitz des geliehenen Gutes. Diese ist sonach nichts anderes, als die investitura des älteren germanischen Rechts, mithin nicht das, was man gewöhnlich unter Realexecution versteht, eine an Stelle der traditio des debitor vom Richter vorzunehmende Uebertragung dinglicher Rechte, vielmehr nur Besitzübertragung. Da nun der rein factische Act der Besitzübertragung für sich allein nicht genügte, ein dingliches Recht zu erzeugen, es andererseits aber der damaligen Jurisprudenz nicht entgehen konnte, daß hierzu ebensowenig die der Besitzübertragung vorhergehende Obligation, an und für sich, ausreiche, so mußte diese Auffassung der Realexecution als eines rein factischen, nicht eines rechtlichen Vorganges, im Sinne der älteren deutschen investitura, zu der Annahme führen, daß schon die investitura abusiva an sich und ohne hinzutretende Gewere ein rechtliches Moment enthalte, welches das dingliche Recht erzeuge.

Uebereinstimmend mit dem älteren germanischen Recht ward deshalb die Uebertragung der Gewere als ein Act betrachtet,

---

10) Exner, Tradition S. 8 ff.

welcher das bereits vorher, wenn auch nur zum Theil vorhandene dingliche Recht am Lehen vervollständige und vollende. Das aus der investitura abusiva ohne Gewere entspringende Recht und das, welches die Uebertragung der letzteren dem Vasallen gab, wird nicht von dem abstracten Standpunkt der Begriffe obligatio und jus in re und deren grundsätzlichen Verschiedenheit aus mit einander verglichen, vielmehr giebt den Ausgangspunkt für diese Vergleiche allein die Gewere ab[11]). Das mit ihr verbundene Recht gilt als das stärkere, das aus der investitura abusiva ohne Gewere fließende Recht als das schwächere[12]). Beides werden so nur verschiedene Stadien ein und desselben, und zwar eines dinglichen Rechts am Lehen. Dieser Gedanke, daß auch schon vor der Besitzeinweisung des Vasallen für denselben bis zu einem gewissen Grade eine rechtliche Herrschaft über den Lehnsgegenstand hergestellt sei, fand bei manchen Feudisten seinen Ausdruck dadurch, daß sie nach dem Vorgange des Aripraud[13]) sagten: obgleich ein eigentliches jus in re nicht begründet werde, erwerbe doch derselbe das Lehen bereits durch die investitura abusiva. Und zwar wird dies von ihnen damit motivirt, daß er durch die Realexecution die Möglichkeit erlange, den Herrn zu zwingen, ihn in den Besitz des Lehns einzuweisen[14]).

---

[11]) vrgl. Aripraud im Lombarda-Commentar leg Langob. lib. III. tit. VIII. de beneficiis et terris tributoriis — non quod ejus sit adepta possessione.

[12]) §. 16 c. 150 des cap. extraord. Jacob. de Ardizone (Kriegel, corp. jur. libr. feud. append. III). Majus est possessionem dare quam sit investituram concedere (vrgl. c. 16 qu. 2 c 1). Derselbe in seiner Summa c. 38. S. ferner Jacobus de Ravanis in dem unten citirten Fragment — minus est investituram facere quam eam possessionis traditione perficere.

[13]) S. oben S. 42 Note 7.

[14]) Baldus a. a. O. De nova form. fid. verb. Investitura der sich deshalb auf Jacobus de Ravanis beruft — Nota, quod quidam dicunt, investitura feudum acquiri sc. proprie sumendo investituram per perfectam investituram sc. possessione tradita. Sed dominus Jacobus

Unter dem Gewande einer, wenn auch durch die damit verbundene Realexecution eigenthümlich gestalteten Obligation sehen wir auf diese Weise die Theorie der Feudisten von der investitura abusiva gegenüber der in den libri feudorum vorherrschenden Ansicht, daß die Belehnung an sich ohne Gewere ausreiche, dem Vasallen ein absolutes dingliches Recht zu geben, den Grundsätzen des germanischen Sachenrechts wiederum Geltung verschaffen, wonach der dingliche Vertrag nur ein relativ dingliches Recht gab, während dieser sich erst nach hinzutretender Gewere in ein dingliches Recht von absoluter Bedeutung umzuwandeln vermogte.

Als terminus technicus für dieses aus der investitura abusiva abgeleitete, mit Realexecution verbundene Recht, von dem es den Feudisten auf die Dauer nicht entgehen konnte, daß es anders geartet sei, als die ihnen aus dem R. R. bekannten Obligationen, unter deren Gattungsbegriff es im Allgemeinen gestellt wurde, taucht nun seit Jacobus de Ravanis die Bezeichnung j u s a d r e m auf[14a]).

---

de Ravanis in summa sua tit. Quot modis feud. acqu. et quib. sic ait: „Sed certe ego puto, etiam per investituram verbalem et baculi porrectionem, quae abusiva investitura dicitur, ut praemissum est, feudum esse acquisitum etiam ante traditionem possessionis, cum investito dominus praecise cogatur tradere possessionem ... Licet enim ante traditam sibi possessionem investitus j u s n o n h a b e a t i n r e, h a b e t t a m e n j u s a d r e m. Nam minus est investituram facere, quam eam possessionis traditione perficere X. de his quae fiunt a majore parte capit. c. ex ore et de dona. c. per tuas; XVI, q. 2 c. 1“ etc.

14a) S. die vorige Note. Vrgl. ferner über den Gebrauch dieser Bezeichnung für das aus der inv. abusiva abzuleitende R. Jacobus Alvarottus: De nova form. fid. no. 2. Martinus Laudensis: Quid sit inv. tit. II. no. 7. Matthaeus de Affl.: De nov. form. fid. no. 2. Rosenthal a. a. O. concl. 11 no. 1 not. c. Mynsinger a. a. O. no. 3. Adam Struve a. a. O. cap. VIII. §. 9 no. 1. Sie alle verweisen wegen jener Bezeichnung des fragl. R. als eines jus ad rem, auf Jacobus de Ravanis oder andere der hier genannten Feudisten, oder machen davon wie z. B. Mart. Laudensis ohne jedes Citat Gebrauch. Dagegen bezieht sich keiner von ihnen deshalb auf diejenigen Stellen des K. R., in denen der Ausdruck jus ad rem vorkommt.

Ist nun schon an sich diese Bezeichnung geeignet, dem Gedanken Ausdruck zu verleihen, daß der Berechtigte in einem gewissen rechtlichen Verhältnisse zu einer Sache als dem Gegenstande seines Rechts stehe, so muß die Erwägung, daß damit ein dingliches Recht bezeichnet werden sollte, um so mehr hier Platz greifen, wo dieser Ausdruck zur Bezeichnung eines Rechtsverhältnisses gebraucht wird, von dem wir anderweitig aus rein germanischen Rechtsquellen wissen, daß sich dasselbe als ein dingliches, wenn auch eigenthümlich gestaltetes Rechtsverhältniß darstellt.

Beachtenswerth ist in dieser Beziehung namentlich der Umstand, daß es nachweislich zuerst ein germanisches, den Erwerb dinglicher Rechte begründendes Rechtsinstitut war, welches die Veranlassung zur Erfindung dieses Ausdrucks gegeben hat, der das Verhältniß eines Berechtigten zu einer Sache bezeichnete, wenn auch nicht bis zu dem Grade einer vollständigen Beherrschung derselben, so doch immerhin bis zu dem Maße einer gewissen über eine Sache erlangten Machtvollkommenheit.

Zur Begründung dieser unserer Behauptung und gegenüber der sonst verbreiteten und von Brackenhöft a. a. O. S. 32 aufgestellten Meinung, daß der Ausdruck jus ad rem ursprünglich dem Kanonischen Recht angehöre, muß hier Folgendes bemerkt werden.

Der Ausdruck jus ad rem findet sich im K. R. zuerst im liber sextus des Papstes Bonifaz VIII.[15]) und ist von dort aus dann auch in die später entstandenen Theile des corpus juris canonici übergegangen. Dagegen begegnen wir demselben noch nicht in dem Dekret Gratians und in den Dekretalen Gregor IX. Nun ist der liber sextus bekanntlich erst im Jahre 1298 publicirt, während Jacobus de Ravanis bereits im Jahre 1296 gestorben

15) c. 8 de conc. praeb. (3, 7) — beneficiorum in quibus jus non esset quaesitum in re licet ad rem.

ist[16]). Es kommt hier ferner in Betracht, daß dieser Jurist für die Rechtfertigung der Anwendung jenes Ausdrucks auf das durch die investitura abusiva begründete Recht keine einzige Stelle des K. R. anzieht, die einen jener Bezeichnung ähnlichen oder gleichen Ausdruck enthielte. Die einzigen in jenem oben mitgetheilten Fragment aus dem K. R. citirten Stellen, durch die von ihm übrigens nur der Satz, daß die Belehnung weniger Rechte gebe, als die Besitztradition belegt werden soll, sind die Stellen c. 3 X de his quae fiunt a majore parte capituli (3,11) und c. 5 ibid. de donationib. (3, 24) sowie c. 16 qu. 2 c. 1, in denen sämmtlich auch nicht eine Spur einer dem Ausdruck jus ad rem gleichen oder ähnlichen Redewendung vorkommt. Ebensowenig ist die Erfindung des Ausdrucks jus ad rem den Glossatoren und Commentatoren des R. R. zuzuschreiben. Denn zu der Zeit, wo Jacobus de Ravanis lebte, kommt derselbe in den Schriften der Legisten noch nicht vor, ging vielmehr, wie wir unten sehen werden, in die Commentare des Civilrechts erst in viel späterer Zeit über, wenngleich der Begriff desselben schon früher ausgebildet und entwickelt war.

Dieser Bezeichnung des durch die investitura abusiva dem Vasallen erworbenen Rechts als eines jus ad rem, d. h. also als eines Rechts, welches ihm eine bis zu einem gewissen Grade gediehene Herrschaft über ein Lehen gab, entsprechen nun die Grundsätze vollkommen, welche zur Entscheidung der verschiedenen von den Feudisten vorgetragenen Collisionsfälle, in denen das jus ad rem den von Andern auf dieselbe Sache geltend gemachten Ansprüchen gegenübertritt, über die Wirkungen desselben aufgestellt werden. Diese Casuistik wird ergeben, daß das jus ad rem

---

16) Savigny, Gesch. des R. R. V. S. 607 ff. Jacob. de Ravanis war freilich im J. 1290 Bischof von Verdun, ist aber nach Savigny's Mittheilung auf dem Gebiete des K. R. nicht als Schriftsteller aufgetreten. Außer seiner summa de feudis und einem dictionarium hat er nur Commentare zu den Institutionen, den Digesten und dem Codex verfaßt.

der italienischen Feudisten fast in allen Punkten dem durch die deutsche Lehnung dem Vasallen erworbenen relativ dinglichen Rechte entspricht. Sie wird ferner, wie ich hoffen darf, darthun, daß es keineswegs bloß der Ausdruck jus ad rem ist, welcher uns veranlassen müßte, jenen Feudisten den Gedanken unterzulegen, sie hätten damit ein beschränkt dingliches Recht bezeichnen wollen, sondern, daß sie — und dies ist viel wesentlicher — auch in der Sache selbst, und was den Inhalt und die Wirkungen dieses Rechts anbetrifft, Grundsätze aufstellen, die, unbeschadet des andern Namens, das mit der investitura abusiva verbundene Recht zu einem dinglichen Recht, wenn auch nur von beschränkter Ausübungsmöglichkeit, erheben mußten.

Wie dort, so müssen auch hier zunächst die zwei Hauptfälle unterschieden werden, ob der Proceßgegner des mit einem jus ad rem begabten Vasallen seinen Anspruch auf das Lehen von demselben Herrn ableitet oder nicht.

Den ersten Fall anlangend, so wird wieder ebenso wie im deutschen Lehnrecht unterschieden, ob noch keine von beiden Parteien den Besitz des Lehns erlangt hat, so daß mithin beide Theile nur abusive investirt sind, oder, ob bereits einer der Prätendenten durch traditio von Seiten des Herrn und in Folge bereits vollstreckter Realexecution, der, wie wir unten sehen werden, von einigen Feudisten die Selbstunterwindung des Lehns durch den Vasallen gleichgestellt wird, den Besitz des Lehns erlangt hat.

Betrachten wir zunächst den ersten Fall, wo beide Parteien nur ein jus ad rem auf das Lehen geltend machen. Hier entscheidet lediglich das Alter der Investitur. Es geht somit der früher investirte dem später investirten Vasallen vor, ohne daß es auf Prävention in Ausbringung eines siegreichen Erkenntnisses ankäme, die entscheiden müßte, wenn das jus ad rem eben nicht etwas mehr wäre, als eine bloße Obligation[17]).

---

[17]) Jason de Mayno zu l. 15 C. de R. V. no. 34 und Andere.

Den zweiten Fall anlangend, wo ein nur abusive investirter mit einem bereits in den Besitz des Lehns gesetzten Vasallen collidirt, so schließen die älteren Feudisten hier auf Grund von l. 15 C. de r. v. (3. 32) und des oben citirten cap. extraordinarium (Baraterii)[18]) jeden Anspruch des abusive investirten Vasallen aus, einerlei, ob die Belehnung seines besitzenden Gegners von späterem Datum ist und, ohne zu unterscheiden, ob derselbe Kenntniß von einer bereits vorhandenen früheren Investitur hat oder nicht. So Jacobus de Ardizone und Andreas de Isernia[19]).

Die späteren Feudisten dagegen lassen in Uebereinstimmung, wie wir sehen werden, mit der damaligen civilrechtlichen Theorie

[18]) l. 15 C. l. c. Quotiens duobus in solidum praedium jure distrahitur, manifesti juris est, eum, cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem. Cap. extr. (Baraterii) III (tit. 6 c. 4). Beneficium intelligitur investitura cum traditione. Ex quo ita fit, ut, si quis primo investiatur re nondum tradita, ille cui posterior investitura cum traditione facta fuerit, potior habeatur. (Bartholomaeus de Barateriis lebte zu Anf. des 15. Jahrh. und schrieb eine Reconcinnation der libri feud. Nach Laspeyres a. a. O. S. 132 Note 367 sind einige von den im Kriegel'schen corp. jur. abgedruckten cap. extr. Baraterii dem Commentar des Baldus entnommen. Das oben mitgetheilte muß jedoch älter sein, da es, wie erwähnt (oben S. 46 Note 9), bereits von Jac. de Ardizone citirt wird. Es rührt daher wahrscheinlich aus den, den eigenen Angaben des Feudisten nach, einem sehr alten Codex entnommenen cap. extraordinaria her. (Laspeyres S. 130 Note 362, S. 132).

[19]) Ersterer in seiner summa c. 36. 38; letzterer zu §. 15 II, F. 26 u. in den praeambulis. Noch Eichhorn (Einleit. in das deutsche Privatr. §. 207), obschon er im Uebrigen vor der Einräumung des Besitzes dem investirten Vasallen eine rei vindicatio gegen den dritten Besitzer giebt, nimmt an, daß letzterer in dem Falle nicht zur Abtretung des Lehns gezwungen werden könne, wenn er dies von demselben Lehnsherrn erhalten habe, von dem der Kläger investirt worden, ohne zu unterscheiden, ob derselbe seinen Besitz auf eine frühere oder spätere Investitur als die des Klägers stützt. S. hiergegen Gerber, System des d. Privatr. §. 114, der die Vindication gegen den dritten Besitzer nur dann für unwirksam erklärt, wenn dieser das Lehen vom selben dominus früher geliehen erhielt. Letztere Ansicht entspricht m. E. der in den libri feudorum vorherrschenden Meinung, wonach sich auch das durch die bloße Investitur erzeugte vassallitische Recht als ein absolut dingliches Recht darstellt.

in zwei Fällen ausnahmsweise eine Klage des früher abusive investirten Vasallen gegen denjenigen zu, der nach ihm investirt, aber in der Besitzergreifung des Lehns ihm zuvorgekommen ist.

Mittelst einer fälschlich dem R. R. zugeschriebenen actio in factum revocatoria soll nämlich derselbe dann gegen den besitzenden Vasallen auf Restitution des Lehns klagen dürfen, wenn diesem die frühere investitura abusiva des Klägers bekannt ist, sowie ferner in dem Falle, wenn er auf Grund eines lukrativen Titels in den Besitz des Lehns gekommen ist, während der Kläger sein jus ad rem auf einen onerosen Titel stützt[20]), in welchem

Eine andre Frage ist aber die, ob neben der in den libri feudorum prävalirenden Ansicht nicht bereits zur Zeit ihrer Abfassung die entgegengesetzte, von Eichhorn und in den cap. extraord. (Baraterii) vertretene Meinung von einer Minorität der Feudisten getheilt wurde. Ich möchte diese Frage bejahen auf Grund der oben mitgetheilten Stellen der libri feudorum, welche auf eine dem deutschen Lehnrecht entsprechende, mehr beschränkte Geltendmachung des durch die bloße Investitur begründeten vassallitischen Rechts hinweisen, insbesondere des §. 15 II, F. 26. Denn die dort aufgeworfene Frage nach der Zulässigkeit der Realexecution bekommt, wie wir sahen, erst dann einen Sinn, wenn wir uns das mit der bloßen Belehnung verbundene vassallitische Recht nicht als ein absolutes Recht denken, insbesondere wenn wir, wie dies auch von Eichhorn a. a. O. geschieht, annehmen, daß es Fälle gab, wo die Realexecution deßhalb ausgeschlossen blieb, weil der Herr einem von ihm später investirten Vasallen den Besitz des Lehns vor einem andern früher beliehenen eingeräumt hatte. Uebrigens muß es als verfehlt betrachtet werden, wenn Eichhorn sich zum Beweise dessen auf l. 9 §. 4 D. de Publ. act. (6, 2) und Sächs. Landr. II, 42 beruft, woraus für seine obige Behauptung nichts hervorgeht.

20) Rosenthal a. a. O. c. VI. concl. 12 no. 7. 8. 9. 10. u. die in Note g h. i. daselbst Citirten. Hartm. Pistor a. a. O. qu. 29 no. 28. 29. Er sagt (no. 28): Primo enim dispositio d. l. quoties (l. 15 C. 1 c.) locum non obtinet, quando is, qui secundo investitus fuit, scivit, alium ante se investituram de eodem feudo jam impetrasse. Hoc enim casu, ne ipsi mala fides et fraus patrocinetur, priori potior esse non debet, sed integrum est illi, qui primo investitus fuit, rem ab ipso mala fide possessam revocare etc. (no. 29). Secundo regulae d. l. quoties locus non est, quando primus haberet titulum onerosum secundus vero lucrativum. Nam tum etsi donatarius prioris concessionis inscius sit, tamen potior erit is, qui primo rem emerat etc. Adam Struve

letzteren Falle es dann unerheblich sein sollte, ob er mala oder bona fide den Besitz des Lehns erlangt hatte, d. h. mit oder ohne Kenntniß von einem früheren jus ad rem.

Die frühere investitura abusiva soll endlich auch in dem Falle einer Collision mehrerer vom selben Herrn ihre Rechte ableitender Vasallen entscheiden, wo diese zwar beiderseits einen bereits erlangten Besitz am selben Lehen darthun, ohne daß indessen weder der eine noch der andere im Stande wäre, eine Priorität in letzterer Hinsicht darzuthun. In diesem Falle soll im Widerspruch mit dem R. R., nach welchem, gemäß des Grundsatzes actore non probante reus absolvitur, der die frühere traditio nicht nachweisende Kläger abgewiesen werden müßte, das Recht dessen für das bessere angesehen werden, der seinen Besitz auf frühere Investitur stützt[21]). Auch diesem Grundsatz sind wir im deutschen Lehnrecht begegnet.

Während in den besprochenen Fällen eine Vertretung durch den Herrn für die Geltendmachung des vasallitischen Rechts dem Dritten gegenüber nicht für nothwendig befunden wird, erscheint dagegen nach der Theorie der Feudisten der

---

a. a. O. §. 9 No. 5 u. Addit. c. 6 aphor. no. 7. Derselbe Gedanke, daß nur die sine fraude erlangte Gewere unter mehreren, vom selben Herrn ihr R. am Lehen ableitenden Prätendenten dem nicht besitzenden Vasallen gegenüber den Ausschlag gebe, findet sich übrigens bereits in II, F. 34 angedeutet, wenngleich die Gewere in jener Stelle noch nicht die umfassende Bedeutung hatte, die ihr später in der Theorie der Feudisten von der invest. abusiva für den fraglichen Collisionsfall gegeben ward.

21) S. hierüber Baldus zu §. 15 II, F. 26, ferner Jacobinus de St. Georgio a. a. O. No. 7. Jacobus Alvarottus a. a. O. No. 6. Matthaeus de Afflictis a. a. O. zu §. 15 II, F. 26 No. 3. Rosenthal, a. a. O. c. VI. concl. 12 No. 1. Der Letztere z. B. sagt: Sed manendo in materia d. l. quoties cod. de rei vind. ad feudorum castra evocando, si dubitetur, hoc est ignoretur, uter ex duobus de eadem re abusive investitis priorem possessionem nactus sit, tunc priorem investituram probans, modo ipse pactis in investitura appositis, satisfecerit, alteri anteferetur et praeibit. Herm. Vultejus a. a. O. No. 11. Adam Struve §. 9 No. 5.

abusiv investirte Vasall da, wo er nicht einem vom selben dominus sein Recht an dem Lehen ableitenden Vasallen oder sonstigen Dritten gegenübertritt, durch keine Rechtsmittel geschützt. Verliert deshalb der Herr den Besitz des Lehns in anderer Weise als in Folge einer von ihm vorgenommenen Veräußerung zu Eigenthum oder Lehen z. B. durch Dejection eines Dritten, bevor er denselben auf den abusive investirten Vasallen überträgt, so fehlt es dem letzteren an und für sich dem dritten Besitzer gegenüber an der Möglichkeit jeder Verfolgung seines Rechts. Indessen suchten die Feudisten auch für diese Fälle nach Auskunftsmitteln, welche dem Vasallen zu einer indirecten Geltendmachung seines Rechts verhalfen: derjenigen ähnlich, die das germanische Recht auf dem Umwege der Vermittelung des Autor dem Erwerber eines durch dinglichen Vertrag begründeten Rechts an einer Sache gaben. Auch dieses Bestreben der Feudisten kann als ein Zeugniß dafür betrachtet werden, wie sehr dieselben unter dem Einfluß des germanischen Rechts standen und wie sie bemüht waren, einerseits dem R. R., auf das sie ihre Theorie von der investitura abusiva hauptsächlich stützten, gerecht zu werden, ohne sich doch andererseits von den Einflüssen des einheimischen Rechts völlig losmachen zu können.

Einige derselben wie Jacobus de Ardizone und Andreas de Isernia wollen da, wo der Besitz des Lehns sich in der Hand eines Dritten befindet, ohne daß der Herr mit dem ihm fehlenden Besitz auch zugleich das Eigenthum an demselben ganz oder zum Theil auf einen Andern hätte übergehen lassen, dem Vasallen die Möglichkeit verschaffen, sich hinter dessen Rücken in den vom Dritten behaupteten Besitz durch den Herrn einweisen zu lassen[22]. Auf Grund verschiedener, von ihnen mißverstandener

[22]) Jacob. de Ardizone a. a. O. c. 36. Andreas de Isernia a. a. O. Praeamb. no. 45. Si enim tradat alii possessionem, postquam fuit facta investitura abusiva, ille erit potior et priori tenebitur dominus ad interesse. Sed si non tradidit alii dominus sed cecidit forte a pos-

Stellen des corpus juris, namentlich der l. 16 D. de fundo dotali (24. 1) erachteten sie für diesen Fall die Induction in die possessio non vacua ausnahmsweise für geeignet, ein jus in re für den also Eingewiesenen hervorzubringen und ihm eine dingliche Klage gegen den Besitzer auf Räumung des Lehns zu geben. Ein anderes Auskunftsmittel, durch welches der Vasall zu einer indirecten Geltendmachung seines Rechts solchen dritten Personen gegenüber gelangen könne, gegen welche eine dingliche Klage aus der investitura abusiva nicht zustand, bot sich den Feudisten in der dem R. R. entlehnten Cession der rei vindicatio dar, zu deren Abtretung derselbe für verbunden erachtet wurde, sofern er den Besitz des Lehns ohne seine Schuld verloren hatte[23]).

---

sessione, dominus non teneretur ex quo sine culpa sua desiit possidere ff. de r. v. si autem §. 1. Contra tertium possessorem quo modo agit infeudatus? Innuitur in summa dict. tit. (gemeint ist die summa Jacob de Ardiz.) quod dominus debet inducere in clandestinam possessionem p. l. si fundum ff. de fund. dot. Alias non vendicaret investitus verbo vel corporeo ut hasta; quum illa investitura non tribuit jus dominii vel possessionem. Dicetur infra quid sit investitura in princ. etc. Beiläufig sei bemerkt, daß die Idee, es könne in gewissen Fällen eine traditio mit der Wirkung stattfinden, daß zwar nicht die possessio wohl aber das Eigenthum resp. ein andres dingl. R. damit erworben werde, indem hier an Stelle der Besitzübertragung ein factum trete, durch welches die possessio, vorausgesetzt, daß sie vacua, erworben sein würde, in neuerer Zeit von Gesterding, Lehre vom Eigenthum (1817) S. 169 ff. wieder aufgenommen worden ist. S. hiergegen Ziebarth a. a. O. S. 4 und Exner, Tradition S. 72 Note 87. Letzterer weist nach, daß in l. 16 de D. fund. dot. gar nicht von Tradition die Rede ist, sondern ebenso wie in der von ihm deshalb angezogenen l. 35 §. 4 D. contr. emt. (18, 1) von einer Cession der rei vindicatio.

[23]) Andreas de Isernia a. a. O., wo derselbe also fortfährt: Quodsi hoc non fiat, non videtur dominum teneri, nisi ad cedendam actionem tali investito, quam ipse investiens habet contra possessorem arg. ff. de legat. II, l. Imperator [gemeint ist l. 70 pr. D. de leg. II (31)]. Jacobinus de St. Georgio a. a. O. no. 10. Martinus Laudensis a. a. O. tit. VIII. (de inv. de re alien. facta) no. 16. Vrgl. im Uebrigen über die Frage, wie das jus ad rem gegen solche dritte Personen geltend gemacht werden könne, die nur den Besitz, kein Recht an der Sache vom selben do-

Auch insofern zeigte sich demnach eine Uebereinstimmung des aus der investitura abusiva entstehenden Rechts mit demjenigen, welches die deutsche Lehnung dem Vasallen gab, als das erstere gegen solche Proceßgegner, welche ihre angeblichen Ansprüche an dem Gegenstand des Lehns nicht auf eine vom selben Herrn vorgenommene Investitur zu basiren vermogten, nicht direct, sondern nur auf dem Umwege der Vermittelung des Autor geltend gemacht werden konnte. Die Cession der rei vindicatio ist, so zu sagen, als das römische Gewand zu betrachten, in welches jene eigenthümliche, dem deutschen Recht angehörige, indirecte processualische Geltendmachung von den römisch gebildeten Feudisten eingehüllt ward.

Schließlich ist zur Vervollständigung der Parallele, die sich uns bei einem Vergleiche der investitura abusiva darbietet: einer Parallele, die bereits von den deutschen Feudisten des 16. Jahrhunderts gezogen worden ist[24]), noch die Thatsache hier hervorzuheben, daß, wie die Mehrzahl der Feudisten des Mittelalters annahm, die investitura abusiva die eigenthümliche Wirkung haben sollte, dem Vasallen die Befugniß zu geben, sich selbst und ohne einer Einweisung des Herrn zu bedürfen, des Lehns zu unterwinden. Auch dieses rein deutsche Institut der Selbstunterwindung wird von ihnen durch Belegstellen des R. R. zu unterstützen gesucht[25]).

---

minus überkommen hatten, das folgende Capitel, wo wir hierauf noch näher eingehen und zeigen werden, wie die civilrechtliche Theorie dem jus ad rem in diesem Falle einen noch wirksameren Schutz gab, als die von den Feudisten dieserhalb vorgeschlagenen Mittel ihm gewähren konnten.

24) Hartm. Pistor a. a. O. qu. 29 no. 2. 3, der ausdrücklich auf die Bestimmungen des Sächsischen Lehnrechts und deren Uebereinstimmung mit den von ihm für seine Theorie von der Investitur nach Langob. L. R. aufgestellten Grundsätzen verweist.

25) Baldus a. a. O. tit. Quid sit inv. verb. abusiva — Non ergo dat veram possessionem investitura extra rem corporalem facta sed per talem investituram fingitur ei dare licentiam propria auctoritate

Vorausgesetzt wird hierbei nur, wie wir dies ja übrigens auch nach deutschem Recht annehmen müssen, daß die vom Vasallen zu occupirende Sache sich nicht in dritter Hand, vielmehr im Besitze des Herrn befindet[26]).

Ueberblicken wir das Bild, welches sich uns in der sg. investitura abusiva der mittelalterlichen Feudisten darbietet und fassen wir die einzelnen Sätze zusammen, die sie über die Wirkungen des aus derselben entspringenden Rechts in den verschiedenen Fällen, wo dasselbe mit andern Rechten in Conflict kommt, aufstellen, so werden wir über seine rechtliche Natur nicht mehr in Zweifel sein können. Wie man das durch die deutsche Lehnung dem Vasallen erworbene Recht für ein dingliches Recht, wenn auch nur von relativer Bedeutung wird erklären müssen, ebenso muß man auch das mit jenem fast in allen Punkten übereinstimmende jus ad rem, welches die Theorie der Feudisten aus der investitura abusiva hervorgehen ließ, als ein relativ dingliches Recht ansehen, das nur wegen der beschränkten Möglichkeit, es über einen gewissen Personenkreis hinaus geltend zu machen, nach Außen hin den Schein erwecken mußte, als sei es ein nur persönliches Recht.

Daß es ein beschränkt dingliches Recht sei, ist zum Ueberfluß von einem der bedeutendsten italienischen Feudisten des Mit-

---

apprehendendi ipsam. Derselbe zu C. de contr. emt. et vend. Rubr. no. 18, woselbst als Beweisstelle aus dem R. R. l. 48 (Praedia) D. de acqu. poss. (41. 2) citirt wird. Jacob. de St. Georgio a. a. O. verb. Investivi talem no. 3. Mart. Laudens. a. a. O. Quid sit inv. tit. II. no. 8. Rosenthal a. a. O. c. VI. concl. 11 no. 4. Adam Struve a. a. O. §. 10 no. 2 (er citirt unter andern Stellen des R. R. l. 3 C. de pignor. 8. 14). Daß dieses Selbstunterwinden sich nur mit einem dinglichen Recht verbunden denken läßt und, wenn man das so geltend zu machende Recht als eine bloße Obligatio auffassen würde, niemals die ihm hier und im deutschen Lehnrecht zugeschriebenen Wirkungen haben könnte, ohne und sogar gegen den Willen des Herrn für den occupirenden Vasallen ein jus in re hervorzurufen, ist bereits oben von uns gezeigt worden. (S. S. 32).

[26]) l. Langob. Guid. V (oben S 23 Note 19). Adam Struve a. a. O. §. 10 no. 3.

telalters, von Andreas de Isernia, ausdrücklich anerkannt und mit klaren Worten ausgesprochen worden.

Dieser sagt nämlich (a. a. O. Praeamb. no. 45) über die Natur der Klage, welche die investitura abusiva dem Vasallen gebe, unter Bezugnahme auf die Thatsache, daß einerseits die Einweisung in den Besitz durch Realexecution erzwungen werden könne, während andrerseits die Möglichkeit, den Herrn auf diese Weise zur Besitzübergabe zu zwingen, aufhöre, sobald derselbe den Besitz des Lehns einem Andern tradire:

Per quod vides quod hae actiones non per omnia sunt reales nec per omnia personales.

Fünftes Capitel.

Der Einfluß des deutschen dinglichen Vertrages auf die Lehre von den Obligationen. Das jus ad rem der Commentatoren des römischen Rechts.

Haben wir im vorigen Capitel den Nachweis zu führen versucht, wie im Langobardischen Lehnrecht in der ihm durch die Jurisprudenz des späteren Mittelalters gegebenen Gestalt sich unter dem Gewande der Obligation verborgen der dingliche Vertrag des deutschen Rechts mit seinen ihm eigenthümlichen relativ dinglichen Wirkungen erhalten hatte, dergestalt, daß das sg. jus ad rem der italienischen Feudisten sich uns als nichts anderes darstellt, als das durch die deutsche traditio begründete Recht ohne Gewere, so erübrigt uns jetzt, denselben Versuch zu wagen in Bezug auf das civilrechtliche jus ad rem der Commentatoren des R. R. Auch von diesem wird sich, wie ich hoffen darf, darthun lassen, daß es beruhe auf einer Verschmelzung des dinglichen Vertrages germanischen Ursprungs mit denjenigen römischen Obligationen, aus denen die Glossatoren und Commentatoren Realexecution zuließen. Nicht die Realexecution an und für sich, sondern der Einfluß jener germanischen traditio mit ihren zwei Momenten von verschiedener Bedeutung: dem dinglichen Vertrage und der Uebertragung der Gewere, auf die Auffassung der römischen traditio wie auf die an ihre Stelle tretende Realexecution und in Folge dessen auch weiter auf die Obligation, aus der sie gegeben

wurde; wie überhaupt der Umstand, daß die Quellen des ältesten germanischen Rechts derjenigen Länder, in welchen diese mit Quellen römischen Ursprungs zusammentrafen, die Begriffe der Obligation und des dinglichen Vertrages verwischten und zur Bezeichnung des dinglichen Vertrages dieselben Ausdrücke gebrauchten, mit denen sie zugleich die ihm unterliegende obligatorische causa bezeichneten, sind m. E. die Veranlassung zu jenem Vermischungsproceß des letzteren mit der Obligation gewesen. Ohnedem würde die Realexecution, wie ich dies in der Einleitung gezeigt zu haben glaube, nicht im Stande gewesen sein, den im R. R. so scharf ausgeprägten Begriff der Obligation umzugestalten.

Was zunächst, um damit zu beginnen, die Vermischung der Begriffe und Bezeichnungen der Obligation und der deutschen traditio anbetrifft, so müssen wir hier noch einmal auf jene im ersten Capitel besprochenen altgermanischen Formeln und anderen Rechtsdenkmäler aus der Zeit der Volksrechte zurückgreifen.

Der Umstand, daß der auf die Uebertragung des Eigenthums beziehungsweise die Bestellung eines andern dinglichen Rechts an einer Sache gerichtete Vertrag (traditio) im älteren germanischen Recht von der Besitzübergabe unabhängig war und deshalb zeitlich eher mit dem ihm unterliegenden obligatorischen Rechtsgeschäft z. B. Kauf in einen Act zusammen zu fallen schien, als mit der von ihm getrennten, einen besondern Act bildenden Uebertragung der factischen Gewere, mußte zu einer Zeit, wo man noch nicht an ein scharfes Sichten und Auseinanderhalten der verschiedenen Rechtsbegriffe gewöhnt war, dazu führen, die dem dinglichen Vertrage zu Grunde liegende obligatorische causa mit diesem selbst zu identificiren und umgekehrt. So sehen wir in den Formeln des Marculf appendix XIV. die Ausdrücke venditio und traditio als gleichbedeutend gebraucht, wenn es daselbst heißt: constat me tibi vendidisse vel tradidisse et ita vendidi vel de praesente tradidi. Und weiter wird geradezu gesagt, daß die Uebertragung des dinglichen Rechts durch den Verkauf stattgefunden habe, wäh-

rend doch die traditio den Erwerbsgrund des dinglichen Rechts bildete (per hanc venditionem publice tibi a die praesente tradidi ad possidendum). In einer andern Formel[1]) wird charakteristisch genug sogar das Rechtsgeschäft der emtio venditio dahin definirt, es bestehe in Zahlung des Kaufpreises einerseits und auf der andern Seite in der Tradition des Kaufgegenstandes, worunter hier die germanische traditio verstanden wird.

Einem ähnlichen Zusammenwerfen der Begriffe der deutschen traditio mit der ihre causa bildenden Obligation begegnen wir in andern zahlreichen Quellenzeugnissen aus jener ältesten Zeit der deutschen Rechtsgeschichte. Man vergleiche deshalb z. B. die l. Langobard. Lotharii I, 30., in der immer abwechselnd zur Bezeichnung desselben rechtlichen Vorgangs die Ausdrücke delegare, venumdare und tradere gebraucht werden[2]).

Schon diese Thatsache muß es erklärlich machen, daß, als das R. R. eindrang, die sich mit seiner Auslegung beschäftigenden Juristen, welche mit den Anschauungen ihres einheimischen Rechts, in dem sie lebten, an die Behandlung und Formulirung der Begriffe des fremden Rechts herantraten, die römischen Obligationen, insbesondere die obligatorischen Verträge des R. R. nicht genügend von denjenigen Rechtsinstituten zu unterscheiden vermogten, welche den Erwerb dinglicher Rechte bezwecken. Noch mehr aber trug

[1]) ibid. II, 19. Licet emti venditique contractus sola pretii adnumeratione et rei ipsius traditione consistat etc. Daß mit traditio hier die deutsche traditio gemeint ist, geht aus dem ferneren Inhalt der Formel hervor, der da zeigt, daß es sich im vorliegenden Falle um den Verkauf einer Villa handelt.

[2]) Charakteristisch für diese in der germanischen Rechtssprache vorherrschende Neigung, den dinglichen Veräußerungsvertrag mit der ihm unterliegenden obligatorischen causa zu verwechseln, ist es, daß im heutigen Englisch das Verbum to sell sowohl veräußern im weiteren Sinne als insbesondere auch speciell verkaufen bedeutet, während es doch ursprünglich, als von dem alten sellan abstammend, allein das Auflassen (tradere im d. S.) auszudrücken bestimmt war.

hierzu das Moment bei, daß in den deutschen Rechtsquellen mit Bezug auf gewisse, als obligatorisch bezeichnete Verträge, die in der That aber dingliche waren, eine absolute Gebundenheit des schuldnerischen Willens statuirt wird: nicht sowohl in dem Sinne, daß er nicht ungestraft, d. h. ohne zur Schadloshaltung des andern Contrahenten verbunden zu sein, den Vertrag brechen durfte, sondern auch mit der Bedeutung, daß sein Traditionswille, so zu sagen, für dinglich gebunden erachtet wird, dergestalt, daß er den Uebergang der zu gebenden Sache von sich auf einen Andern nicht mehr rückgängig zu machen im Stande ist[3]).

Die Uebertragung dieser Begriffsvermengung des dinglichen und des obligatorischen Rechts, sowie der Auffassung des schuldnerischen Willens als eines absolut gebundenen, von den dinglichen Verträgen germanischen Ursprungs auf die römischen Obligationen wurde in Italien durch das Langobardische Recht vermittelt, das

---

[3]) vrgl. cap. Ludov. Pii 819 — heres illius nullam de praedictis rebus valeat facere repetitionem — ne heredi ulla occasio remaneat hanc traditionem immutandi, sed potius necessitas incumbat illam perficiendi. S. ferner l. Wisigothorum lib. VII. tit. V. no. 8, wenn es dort heißt: quicunque cuilibet per cujuscunque scripturae contractum res quascunque dederit, quae tamen repperiantur quandoquidem, aut non ejus juris fuisse qui dedit, aut id quod dedisse videtur, per priorem scripturam, aut quamcunque definitionem, in cujuscunque prius nomine obligasse etc. (in der das dingliche Gebundensein des Contrahenten und seines Traditionswillens sehr bezeichnend dadurch ausgedrückt wird, daß die Sache, die Gegenstand des dare ist, für obligirt erachtet wird) ibid. lib. V. tit. IV. no. 3. Venditio per scripturam facta plenam habeat firmitatem. Ceterum si etiam scriptura facta non fuerit, et datum precium praesentibus testibus comprobetur, plenum habeat emptio robur. (Da laut der ersteren der eben citirten Stellen die schriftliche Abfassung des Contracts, der hier die Abschließung vor Zeugen gleichgestellt wird, die Wirkung der traditio hatte, so muß dies auch von der in der zweiten Stelle erwähnten venditio angenommen werden und bedeutet daher die firmitas hier die dingliche Gebundenheit des Verkäufers; vrgl. Form. Alsatica 1 — si quis vero contra hanc cartam potestativa manu peractam venire, aut eam irrumpere conatus fuerit — argenti libras octo coactus persolvat, et haec carta nihilominus firma et stabilis permaneat. Haec traditio etc.).

bekanntlich ziemlich früh eine wissenschaftliche Bearbeitung von Seiten römisch gebildeter Juristen fand.

Wir können dies deutlich erkennen und den Uebergang verfolgen an einem Rechtsinstitut, dem der Schenkung, welches zu einer Verwechselung zwischen der römischen donatio und der langobardischen Schenkung schon um deshalb Veranlassung geben konnte, weil das langobardische Recht, wie wir sehen werden, einzelne Grundsätze aus der römischen Schenkungslehre adoptirt und auf die ihm eigenthümlichen Schenkungsarten übertragen hatte[2]). Die Schenkungen, wie sie das langobardische Recht kennt[3]), mit thinx oder Darreichung eines launegild und Aufnahme einer Urkunde, waren nicht Schenkungen im römischen Sinne, mit bloß obligatorischen Wirkungen, so lange nicht das Eigenthum der geschenkten Sache auf den Schenknehmer durch traditio übergegangen war, sie waren vielmehr nur eine besondere Art der germanischen traditio, mithin dingliche Verträge[4]).

---

[2]) So z. B. die Widerruflichkeit wegen Undankbarkeit. Auch die Widerruflichkeit bei gewissen Vergabungen mortis causa, zeigte eine gewisse Uebereinstimmung mit dem R. R. S. unten S. 68 Note 7.

[3]) Lex Liutprand. 54. 72 (VI, 1. 19). Ed. Rotharis 172 ib. 175. 184. Form. ad Ed. Roth. 172 u. ad Liutpr. 54 (VI, 1).

[4]) S. das unten cit. Langobard. Capit. Carls des Großen, ferner Ariprand und Albertus zu lib. II. tit. 15 der Lombarda. — Item post thingationem neque alienare neque pignorare potest nisi post ingratitudinem, quia non potest de eadem re duas traditiones facere (Ariprand) — Item sciendum est, quod donator post thingationem neque alienare, neque pignori obligare potest nisi propter ingratitudinem vel per sibi expressam reservatam conditionem, id est si expresserit, nisi mutavero, quoniam non potest de eadem re duas traditiones facere (Albertus). Ed. Rotharis 174: Nulli donatori liceat ipsum thinx, quod antea fecerit, iterum in alium hominem transmittere. Tantum est, ut ille, qui garathinx susceperit, tales culpas non faciat donatori suo, quales solent ingrati filii parentibus suis facere, per quas exheredantur, quae in hoc Edicto scriptae sunt. Ipse autem, qui garathinx susceperit ab illo, quicquid reliquerit donator in diebus obitus sui, habeat licentiam in suum dominium recolligere etc.

Eine nothwendige Folge dieser ihrer dinglichen Rechtsnatur war aber die, daß der Traditionswille des Schenkers für gebunden galt, er demnach, nachdem er eine Sache Einem geschenkt, wenn auch noch nicht ihren Besitz auf ihn übertragen hatte, dieselbe nicht noch einem Andern schenken, d. h. tradiren konnte.

Dies ward in einem Capitular Carls des Großen gegenüber der, wahrscheinlich in Folge von römisch rechtlichen Einflüssen sich einschleichenden Sitte der Hinzufügung einer Clausel, in der sich Schenker vorbehielt, dieselbe Sache anderweitig zu verschenken oder sonst zu veräußern, von Neuem wieder eingeschärft und so der alte Grundsatz wieder hergestellt[5]).

Nur bei Schenkungen an die Kirche ward auch später noch eine solche Clausel zugelassen[6]). Im Uebrigen wurde, abgesehen von Schenkungen, welche Vergabungen von Todeswegen waren[7]), ein Widerruf der schenkungshalber vorgenommenen Tradition nur auf Grund einer Undankbarkeit des Beschenkten zugelassen[8]).

Die rechtliche Beurtheilung, welche das Institut der Schenkung von Seiten der mit dem R. R. vertrauten Juristen erfuhr, die sich zugleich mit der Auslegung des Langobardischen Land- und Lehnrechts beschäftigten, zeigt nun, daß man gegenüber der bei Einzelnen auftauchenden, dem R. R. entsprechenden Ansicht, wonach vor erfolgter Tradition von einer Gebundenheit des Traditionswillens des Schenkers nicht die Rede sein könne, und deshalb auch dem Beschenkten für den Fall der nicht erfolgenden Tradition gegen den Schenker nur eine Klage auf das Interesse

5) Cap. Ticin. Car. Magn. a. 801 c. 1 (Leges Langob. Car. Magn. 78. Walter corp. jur. II, S. 150, ibid. III, S. 595).

6) Walter R. G. II, §. 589 Note 9.

7) Bei diesen gestattete man den Widerruf einer beim Auszug in den Krieg geschehenen Tradition nach der Rückkehr (l. Langob. Car. Magn. 106, bei Walter l. c. III, S. 601.

8) Ed. Rothar. 174, Ariprand und Albertus zu II, tit. 15 der Lombarda.

zustehe[9]), sehr bald zu der, dem Langobardischen Recht folgenden Auffassung zurückkehrte, wonach der Wille des Schenkers nicht bloß in Bezug auf irgend eine Leistung, gleichgültig, ob diese die Sache selbst giebt oder ihr Aequivalent in Gelde, sondern auch in sofern für gebunden erkärt wird, als er die Realleistung der Sache selbst nicht mehr rückgängig zu machen im Stande sei.

Dies zeigt die Glosse zu II, F. 26 §. 15 (verb. tradere)[10]), welche sich zum Beweise dafür, daß bei einer donatio, worunter hier nur ein Schenkungsversprechen verstanden wird, nach R. R. Realexecution gegen den Schenker stattfinden müsse, auf den Umstand stützt, daß auch nach R. R. ein Widerruf der Schenkung unmöglich ist.

Dies heißt aber mit anderen Worten die Thatsache des nichtgestatteten Widerrufs so auffassen, daß der Schenker nicht bloß obligatorisch für gebunden betrachtet wird, wie dies nach R. R. für den Fall eines bloßen Schenkungsversprechens behauptet werden müßte, sondern daß sein Wille zu tradiren für dinglich

---

9) Albertus zu lib. II. tit. 15 der Lomb. a. E. Dieser will die langobard. Schenkung, obwohl er dieselbe im vorhergehenden Text seines Commentars als eine traditio auffaßt, für wirksam und beständig in Bezug auf ein durch sie zu erzeugendes dingliches Recht nur da gelten lassen, wo die corporalis traditio (die also der traditio schlechthin gegenüber gestellt wird) vorgenommen worden sei. Vorher soll es dem donator nur auf das Interesse zu klagen möglich sein, wenn der Schenker jene corporalis traditio nicht vornimmt. (Et in omnibus quidem supradictis habendus est delectus utrum corporalis traditio facta fuerit an non, quoniam si res donata a donatore non tradatur, ad interesse a donatario agitur, quoniam sine traditione nullarum rerum dicimus subsistere firmitatem). Anders Ariprand, der noch auf dem Standpunkte des germanischen Rechts steht und die corporalis traditio für gleichgültig erklärt (non est habendus delectus, utrum corporalis traditio facta sit aut non).

10) — Alias dicitur de donatore (es ist im Vorhergehenden die Natur der Verbindlichkeit des dominus zum Einweisen des Vasallen in den Besitz des Lehns erörtert) qui omnino compellitur rem simpliciter inter vivos donatam tradere: nec temere poterit eam revocare ut Jnst. de donat. §. 2; vrgl. Andreas de Isernia a. a. O. zu §. 15 II, F. 26 no. 2.

gebunden anzusehen sei, und deshalb ihm nicht bloß das Geldaequivalent der Sache, sondern diese selbst im Wege der Realexecution abgezwungen werden könne.

Wir wenden uns nunmehr zu den Quellenzeugnissen, welche darthun, daß man im Mittelalter die, wie wir sehen werden, schon sehr früh auftauchende Frage, ob aus einer Obligation Realexecution stattfinde, nicht bloß bejahend, sondern in einer solchen Weise entschied, daß man sich die Realexecution nicht im Sinne des R. R. dachte, der auch heute noch meist damit verbunden wird, als die Uebertragung eines dinglichen Rechts an einer Sache durch die Hand des Richters, sondern als die, einen vorhergehenden dinglichen Vertrag voraussetzende deutsche Einweisung in die Gewere. Es ist dies eine rechtliche Beurtheilung, die als nothwendige Consequenz denn auch der freiwillig erfolgenden römischen traditio eine ganz andere Bedeutung geben mußte, als sie ursprünglich gehabt hatte. Sonach ist das, was in der früheren gemeinrechtlichen Theorie der Erwerbsmodus dinglicher Rechte genannt wurde, für nichts anderes anzusehen, als die deutsche Einweisung in die Gewere.

Die lex romana Wisigothorum verordnet im lib. I. der receptae sententiae Pauli tit. XIII. de judicato sententia 4:

> Si id quod emtum est neque tradatur neque mancipetur, venditor cogi potest, ut tradat aut mancipet.

Es kann hier dahin gestellt bleiben, ob diese dem Paulus zugeschriebenen Worte ein späterer Zusatz seiner receptae sententiae sind, also nicht von ihm selbst herrühren oder, wenn sie echt sind, ob sie sich auf eine Realexecution bezogen, oder sich nur auf einen indirecten, gegen den Verkäufer auszuübenden Zwang beziehen lassen, von dem wir annehmen dürfen, daß er zur Zeit des Paulus im R. R. die Regel bildete.

Uns interessirt dieser Satz nur deshalb, weil die in der lex romana Wisigothorum (breviarium Alaricianum) und in den

hieraus gemachten Auszügen enthaltene interpretatio denselben unzweifelhaft in dem Sinne versteht, daß er die Anwendung der Realexecution gegen den Verkäufer gebietet. Der Satz lautet deshalb in der interpretatio der lex Wisigothorum folgendermaßen: Si eam rem, quam aliquis accepto pretio facta venditione distraxit, tradere distulerit, ad traditionem rei, quam vendidit, omnibus modis compellendus est[11]).

Noch deutlicher spricht dies die lex romana Curiensis s. Utinensis aus, die im Wesentlichen nichts ist, als ein Auszug aus der lex romana Wisigothorum, wenn dieselbe auch umfangreicher ist und eine mehr selbständige Bearbeitung jener Rechtsquelle aufweist als die übrigen daraus gefertigten Auszüge[12]). Daselbst heißt es lib. XXIII. no. 15 (de venditione Interpret.): Quicunque ad alterum hominem legitimam venditionem fecerit, et precium acceperit et ipsa rem tradere noluerit. Iudex eum invitum ipsam rem tradere faciat.

Derselbe Satz findet sich nun in einem andern jener Auszüge, dem im achten Jahrhundert auf fränkischem Boden entstandenen[13]) epitome Aegidii (Pauli sent. lib. I. tit. XIII. de judicato) folgendermaßen gefaßt:

rem, quam quis vendiderit, consignare cogendus est.

Consignare bedeutet aber, wie dies aus andern gleichzeitigen und zwar rein germanischen Rechtsquellen erhellt, in der Rechtssprache der damaligen Zeit soviel wie demonstrare d. h. einweisen in die Gewere[14]).

---

11) Der Ausdruck omnibus modis kann nur auf Realexecution bezogen werden vrgl. II, F. 7 §. 1 de nov. form. fid. omni modo cogatur dominus investitum in vacuam possessionem mittere u. II. F. 26 §. 15.

12) Stobbe, Gesch. der d. R.-Qu. I, S. 203. 13) Derselbe a. a. O. S. 70.

14) Form. Marculf. App. 2 o. (traditoria S. hierüber oben S. 16). Notitia qualiter et quibus praesentibus veniens homo aliquis nomine ille ad illo manso vel illa terra quam ille homo hominibus illis ante hos dies ad casa Sancti illius pagensis per chartam cessionis sicut in ipsa cessione est insertum ad partem ipsius ecclesiae visus fuit

Wir sehen deshalb hier den Bearbeiter einer römischen Rechtsquelle die Realexecution, welche aus der emtio venditio gegen den venditor auf Tradition der verkauften Sache stattfinden soll, sich nicht als eine Uebertragung des dinglichen Rechts durch den Richter denken, wie sie nach R. R. aufzufassen wäre, sondern lediglich als einen an Stelle einer possessionis traditio tretenden Act der Besitzeinweisung. Eine solche bloße Besitzübertragung setzte aber nach deutschem Recht einen vorhergehenden dinglichen Vertrag voraus, und so müssen wir annehmen, daß der Verfasser jenes epitome sich unter der venditio ebenfalls nicht die römische venditio gedacht hat, sondern eine venditio, wie sie die germanischen Rechtsquellen der ältesten Zeit kennen, die gleichzeitig traditio war, d. h. im deutschen Sinne.

Hierauf deutet auch der Ausdruck legitima venditio in der angeführten Stelle der lex Curiensis, und dies wird bestätigt durch andere ihrer Verordnungen, welche darthun, daß unter venditio und donatio hier nicht die römischen obligatorischen Verträge, sondern die germanische traditio zu verstehen ist[15]).

Von entscheidendem Einfluß auf die Auffassung der römischen traditio beziehungsweise der an ihrer Statt vorzunehmenden Realexecution im Sinne des germanischen Rechts als Uebertragung der factischen Gewere war dann ferner das Langobardische Lehnrecht mit der sich an dasselbe anschließenden, von uns dargestellten Lehre der Feudisten von der investitura abusiva und propria. Wir sehen dort, wie in dem mehrerwähnten §. 15 II, F. 26 die

---

tradidisse vel consignasse. Id sunt quibus praesentibus. S. ferner Falke, tradition. Corbeiens. p. 269 sq. (Kraut, Grundr. §. 97 No. 19). Otto (propriam hereditatem), tradidit ad reliquias St. Stephani et mox in praesenti domno abbati W. consignavit — et manus vestituram et inde fecit etc.

[15]) ibid. lib. XXIV. no. 14 al. 2, lib. VIII. no. 5, lib. XI. no. 12. (— De una rem haec lex vetat, ut nullus homo praesumat de unam rem plures cartas facere, aut vinditionem aut donationem, aut censionem; sed de unam rem una carta homo facere debet).

Tradition des Lehns durch den Herrn als eine possessionis traditio und die Realexecution, durch die er hierzu gezwungen werden soll, wenn er seiner Verbindlichkeit zu tradiren nicht aus freien Stücken nachkommt, als ein compellere zum possessionem tradere bezeichnet wird. Wir haben ferner darauf aufmerksam gemacht, wie in der genannten Stelle der libri feudorum die Frage, ob Realexecution stattfinden, oder statt dessen der Herr nur zur Zahlung des Geldaequivalents condemnirt werden soll, ganz in derselben Weise erörtert wird, wie dies im Mittelalter von Seiten der das R. R. interpretirenden Juristen mit Bezug auf die römische traditio und die Handlung des tradere geschieht, zu der sich Jemand durch Obligatio verpflichtet hat.

Zur Erläuterung dessen ist nun hier Folgendes hinzuzufügen, um es begreiflich zu machen, daß die betreffende Stelle des Langobardischen Lehnrechts von Einfluß sein mußte, einmal überhaupt auf die Annahme der Zulässigkeit der Realexecution bei gewissen Obligtionen und ferner auf die Art und Weise, wie man dieselbe auffaßte. Während die Zulässigkeit der Realexecution, worunter wir hier immer nur die Wegnahme einer speciellen Sache verstehen, mithin als Gegenstand der Obligation stets die Leistung einer Species voraussetzen[16]), bei den auf ein dare gerichteten Obligationen des R. R. als unzweifelhaft feststehend betrachtet wurde, bestand seit den Zeiten der Glossatoren eine Meinungsverschiedenheit darüber, ob diejenigen Handlungen, welche nach R. R. unter den Begriff des tradere fielen, im Wege der Realexecution erzwungen werden könnten, oder, weil das tradere nur eine Unterart des facere sei, bei diesem aber in Gemäßheit des Grundsatzes: ad faciendum nemo praecise cogi potest jeder directe Zwang im R. R. ausgeschlossen werde, der Gläubiger von dem die traditio verweigernden Schuldner nur eine Entschädigung

---

[16]) Mithin nicht auch die Wegnahme eines genus oder einer Sache von gleicher Güte und Größe wie die specielle geschuldete Sache vrgl. II, F. 8 pr.

in Gelde nebst seinem Interesse fordern dürfe. Diese Ansicht, daß mit der Verpflichtung zum dare Realexecution verbunden sei, wogegen dies hinsichtlich des tradere für mindestens zweifelhaft erachtet wurde, ging offenbar von der Erwägung aus, daß das dare nach R. R. eine Handlung darstellt, die, wenn die Erfüllung der Obligation, deren Gegenstand sie ist, eintrifft, darauf gerichtet ist, gleichzeitig mit der Besitzübergabe im Wege der traditio das Eigenthum (ursprünglich das dominium ex jure Quiritium) resp. ein anderes absolut dingliches Recht auf den Gläubiger zu übertragen, während das tradere nur den Uebergang des Besitzes von dem debitor auf den creditor zu vermitteln bestimmt war; so bei dem mit Rücksicht auf die Frage der Zulässigkeit der Realexecution von den Glossatoren und Commentatoren hauptsächlich erörterten tradere des venditor, der nach R. R. nur zum Gewähren des habere licere verpflichtet war.

Es ist nun diese Art und Weise, die Natur der verschiedenen obligatorischen Leistungen nach dem Erfolge zu bestimmen, den die Erfüllung der Obligation in Bezug auf die Hervorbringung eines dinglichen Rechts an einer Sache haben kann, eine völlig unrömische Auffassung des Wesens der Obligation, die sich nur dann begreifen läßt, wenn man gewisse Obligationen, nämlich die, aus denen die Realexecution stattfinden sollte, sich nicht mehr als das dachte, was sie nach R. R. sind, nämlich lediglich als Mittel, um auf den Willen des debitor einzuwirken, sondern als Mittel zur Herstellung der Herrschaft über eine Sache[17]).

So betrachtet setzen sie, um dem Gläubiger zur Erlangung des Eigenthums oder eines andern dinglichen Rechts an einer Sache zu verhelfen, vor Allem voraus, daß der Schuldner zur Zeit der Eingehung der Obligation selbst im Eigenthum, oder doch wenigstens in der Lage sei, über den Besitz der zu leistenden Sache disponiren zu können.

[17]) S. die unten cit. Stelle aus Bartolus, die auch über das Folgende, was im Text gesagt ist, zu vergleichen.

In letzterem Falle konnte ja dann die Obligation z. B. die venditio, die bona fides des Gläubigers vorausgesetzt, es veranlassen, demselben nach erfolgter Erfüllung, wenn auch nicht das Eigenthum, so doch die actio Publiciana und conditio usucupiendi zu verschaffen, um so später nach Ablauf einer gewissen Zeit vermöge der Ersitzung gleichfalls zum Eigenthumserwerbe zu führen. Während deshalb einige der Glossatoren bei dem tradere des venditor die Realexecution statuirten, wofern es nur für den debitor überhaupt möglich sei, seiner Traditionsverbindlichkeit nachzukommen, dagegen andere nur Geldcondemnation auf das Interesse gaben, bildete sich schließlich eine bereits in der Accursischen Glosse vertretene, später durch Bartolus und Baldus zur herrschenden Ansicht erhobene Mittelmeinung[18]). Nach dieser sollte

---

[18]) Gl. ad. l. 1. D. act. emt. et vend. (19. 1) verb. agitur. (in f.) — Quid autem si praecise velit habere rem. An potest? Dicit Martinus quod sic si habet restituendi facultatem — Bulgarus autem et Johannes et Azo et Hugolinus dicunt eum liberari semper praestando interesse etiam si haberet rem etc. gl. ad §. 10 J. de emt. et vend. (3. 23) verb pretium. — Sed num quid praecise tenetur ad rem tradendam? M. dicit quod sic. — Bulgarus contra dicit eum liberari praestando interesse. Sed forte hic potest distingui an venditor habeat rem et tunc sententia M. tenet per suas leges an non habeat rem et tunc aut dolo aut culpa desiit eam habere et tunc sententia B. tenet (die Worte von: et tunc aut dolo etc. an müssen als Aufstellung eines dritten Falles angesehen werden, nämlich des Falles, in dem der venditor zwar ursprünglich die Sache hatte, später aber dolo oder culpa verlor. In diesem Falle soll dann ebenso entschieden werden, wie da, wo er sie niemals gehabt hat. Tunc bedeutet demnach hier so viel wie „ferner auch da"). Vrgl. im Uebrigen Bartolus zu l. 1 D. de act. emt. et vend. (19. 1) no. 12. 13. Er führt die Meinungsverschiedenheit der Glossatoren an und fährt dann fort: — debes scire quod quum est in obligatione rem dari ex contractu nominato quis praecise compellitur — in obligationibus autem facti quis non compellitur sed liberatur solvendo interesse (no. 13). Modo obligatio, qua tenetur venditor est quaedam obligatio participia, quae partem capit de natura obligationis faciendi et partem de natura obligationis dandi. — Ita haec obligatio capit partem de uno partem de alio. Cum enim tradit rem, debet eam facere accipientis

da, wo der venditor die verkaufte Sache habe, Realexecution stattfinden und die obligatio ad tradendum die Natur der obligatio dandi theilen, welche letztere nur da als vorhanden angenommen wurde, wo der debitor das Eigenthum der zu gebenden Sache hatte, während da, wo er die Sache nicht in seinem Besitz habe, er statt dessen nur zur Leistung des Interesse an den Käufer verurtheilt und gezwungen werden könne. Dieses Requisit des Habens der Sache ist nicht so zu denken, daß dasselbe etwa dauernd vorhanden zu sein brauchte, von dem Momente der Entstehung der Obligation bis zu dem Zeitpunkte der Verurtheilung und Execution, vielmehr verstand man darunter nur die zur Zeit der Eingehung der Obligation oder doch später einmal für ihn eingetretene Möglichkeit, den Besitz der zu tradirenden Sache auf den Gläubiger zu übertragen: mithin die Thatsache, daß sich der debitor überhaupt einmal im Besitze derselben befunden habe[19]).

Darauf, daß jene früher vorhandene facultas tradendi später wieder verloren gehen konnte, kam es nicht an, um, vorausgesetzt, daß der Besitz der Sache nur überhaupt einmal beim

si est dominus et sic sentit de natura obligationis dandi. Si non est dominus debet transferre usucupiendi conditionem — quae obligatio rem tradi ex contractu venditionis non continet nudum factum sed causam bonorum i. e. proprietatem vel usucapiendi conditionem. — Cum igitur obligatio est participia eligitur quaedam media via: ut si habet rem, cogitur praecise tradere et in hoc sapit naturam obligationis dandi, si eam non habeat, liberatur solvendo et in hoc sapit naturam obligationis faciendi. Sed si rem tradi esset in obligatione ex alia causa quam ex causa emptionis tunc indistincte liberaretur solvendo interesse. S. auch Baldus zu l. 4 C. de act. empt. (4. 49) derselbe zu II, F. 26 §. 15 und Bartolus Salycetus zu l. 1 D. de act. emt. et vend. (19. 1).

19) Im Gegensatz zum Eigenthum der zu gebenden Sache bei der obligatio dandi, hinsichtlich deren dasselbe Requisit aufgestellt ward. Wo dieses nicht vorlag zur Zeit der Entstehung der Obligation, galt diese vermuthlich den Commentatoren, mochte sie auch im Rechtsverkehr unter dem Namen der obl. dandi auftreten, immer nur als eine obl. faciendi.

debitor vorhanden gewesen, die obligatio tradendi für die Zeit, wo er im Besitze war, als eine der oblgatio dandi analoge, mithin als eine, die Realexecution erzeugende Obligation aufzufassen. Diese konnte sich dann freilich durch den eingetretenen Besitzverlust in eine obligatio ad faciendum verwandeln, war aber dann ursprünglich doch immer eine der obligatio dandi analoge, auf Realexecution gerichtete Obligation gewesen[20]).

Daß wir so und nicht anders uns das behufs Eintritts der Möglichkeit, die zu tradirende Sache im Wege der Realexecution wegzunehmen, bei den obligationes ad tradendum von den Commentatoren aufgestellte Erforderniß der facultas tradendi zu denken haben, beweist der Umstand, daß sie bei den obligationes ad dandum die Realexecution zuließen, obschon sie doch auch bei diesen für den Fall eines später eingetretenen Besitzverlustes den debitor nur zur Geldentschädigung condemnirten, mithin die Möglichkeit, ihn im Wege der Realexecution zur Herausgabe der zu gebenden Sache zu zwingen, in Folge eines später eingetretenen Verlierens, insbesondere im Falle eines Veräußerns derselben aufhören ließen[20]).

---

19) Bartolus Salycetus a. a. O. — Et in obligatione dandi quis potest compelli praecise ad dandum sed haec rem tradi ex contractu empti quamdiu habet facultatem tradendi participat cum obligatione dandi propter translationem dominii et tunc praecise potest compelli. Sed cum non habet facultatem, tunc solum tenetur ad interesse. — Ego istam opinionem sequor ex eo quia haec obligatio non est alternativa a principio sed successiva ex postfacto.

20) Dies lehren uns diejenigen Feudisten, die im Gegensatz zu andern, welche seine Verpflichtung auf Grund von II, F. 26 §. 15 für eine obl. ad tradendum ansehen (so z B. Andreas de Isernia a. a. O. Praeamb. no. 45) den dominus zu einem dare für verbunden erklärten, obschon sie doch andererseits die Realexecution da ausschlossen, wo derselbe mit dem Verlust des Lehnsbesitzes die facultas tradendi später wieder verlor (Aripraud a. a. O. zu leg Langob. III. tit. VIII. — ut obligatus sit dominus ad dandum etc. Jason de Mayno sup. us. feud. Einleit. Quae sit causa materialis no. 37 u. zu l. 15 C. de r. v. no 30).

Hatte man aber so durch das Einschieben des Requisits des Eigenthums resp. Besitzes auf Seiten des debitor in die Lehre von den Obligationen, die auf ein tradere einer Species gerichtet waren, diese den dinglichen Verträgen, welche selbstverständlich dasselbe Erforderniß für den Autor aufstellen, ähnlich gemacht, so mußte für die Ansicht, daß die Realexecution aus diesen Obligationen zuläßig sei, die Thatsache bedeutend in's Gewicht fallen, daß in dem mehrerwähnten §. 15 II, F. 26, einem Quellenzeugniß, das sich im Mittelalter desselben Ansehens wie die recipirten römischen Rechtsquellen erfreute, die Realexecution ebenfalls mit Bezug auf ein tradere und auf Grund der Investitur statuirt ward, die, wie wir gesehen haben, selbst in Gestalt der sg. investitura abusiva, wenngleich sie mit gewissen obligatorischen Verträgen des R. R. verglichen und zusammengestellt wurde, dennoch re vera ein dinglicher Vertrag geblieben war.

Es verweist daher auch einer der Commentatoren, Christophorus Porcus, zur Begründung der die Realexecution beim Kaufe für zuläßig haltenden Meinung ausdrücklich auf jene Stelle der libri feudorum[21]).

Noch mehr aber mußte auf die Auffassung der Natur der Realexecution und derjenigen Obligationen, aus denen sie gegeben ward, die Art und Weise influiren, in welcher in jener Stelle der libri feudorum die Frage erörtert und besprochen wurde, ob der dominus zum tradere zu zwingen, oder aber in das Geldinteresse zu condemniren sei und die, wie wir dies schon oben sagten, genau übereinstimmte mit der Weise, in welcher jene Frage hinsichtlich des tradere beim Kauf von den Glossatoren und Commentatoren des R. R. zur Sprache gebracht und behandelt wurde.

---

[21]) Lectura super primo, secundo et tertio institutionum cum addit. Jasonis de Mayno (Venetiis 1484) zu §. 1 J. de emt. et vend. (3. 23). Außer andern Citaten, sagt er, berufe er sich für die oben mitgetheilte, die Zuläßigkeit beim Kaufe aussprechende Ansicht des Bartolus auf c. si facta (§. 15 II, F. 26).

Ebenso mußte auf die gleichmäßige Behandlung der rechtlichen Natur des tradere resp. dare des R. R. und dem tradere, um das es sich im Lehnrecht handelte, die Parallele hinführen, welche bei der Frage nach der Realexecution von allen oben genannten Feudisten, deren manche, wie z. B. Baldus', zugleich Legisten waren, zwischen der Leistung, zu der der dominus dem Vasallen gegenüber verbunden sei und dem dare und tradere des römischen Obligationenrechtes aufgestellt ward[22]). Auch im Lehnrecht begegnen wir derselben, hinsichtlich des Kaufs aufgestellten Ansicht, daß nur da, wo der Verpflichtete in der Lage ist, resp. einmal gewesen ist, über den Besitz des Lehns zu disponiren und somit die facultus tradendi hat, von einer obligatio dandi, resp. nach der Meinung anderer (die dazu das Eigenthum am Lehen auf Seiten des dominus nicht forderten, sondern Besitz, über den zu verfügen er in der Lage sei, für ausreichend hielten), von einer auf Realexecution gerichteten obligatio tradendi die Rede sein könne.

Ward aber auf diese Weise das tradere des Langobardischen Lehnrechts auf dieselbe Stufe gestellt mit dem tradere des R. R., so mußte nothwendig auch von jenem auf dieses ein Rückschluß

---

21) Baldus ad II, F. 26 §. 15. Nota post receptum sacramentum fidelitatis a vasallo dominum praecise teneri ad mittendum vasallum in vacuam possessionem feudi et idem in donatione. — Idem in venditione si venditor habet facultatem rei tradendae. — Et nota quod ego loquor in proprietario vendente. Sed feudatarius vendens ideo non tenetur tradere possessionem praecise si non potest de jure. Idem. De nov. form fid. verb. Investitura, woselbst er sich auf Jacobus de Arena bezieht — Jacobus de Arena dicit in summa sua sub rubricella: „qualiter acquiritur feudum per investituram" quod post juramentum fidelitatis dominus cogitur praecise tradere possessionem et si non plenam quoad juris efficaciam tamen talem, quod vasallus sit in plena possessione facti. S. ferner Joannes Blancus c. quib. mod. feud. acq. verb cum supradictum est quod — in casu nostro dominus semper rem tradere vasallo compellendus est, si rem tradere potest.

dahin erfolgen, daß auch das letztere im germanischen Sinne, d. h. gleichbedeutend mit dem Uebertragen der Gewere (possessionem tradere) aufzufassen und rechtlich zu beurtheilen sei: eine Verwechselung, die um so näher lag, als das habere licere des römischen Kaufgeschäftes sich, an sich betrachtet, ebenfalls als nichts anderes darstellte, als ein Verschaffen des ungestörten Besitzes[22]). Dies mußte dann aber weiter auch auf die rechtliche Beurtheilung der Obligation, aus der die Realexecution gegeben wurde, influiren. Denn wurde so der modus des Erwerbs dinglicher Rechte als possessionis traditio bestimmt, so folgte hieraus von selbst eine gewisse dingliche Kraft und Bedeutung für den sg. titulus, als welcher sich uns in der Theorie der mittelalterlichen Jurisprudenz die mit Realexecution verbundene Obligation darstellt.

In dieser Beziehung mußte es von Bedeutung sein, wenn die Lehre der Feudisten von der Investitur die sg. investitura abusiva für den titulus des vasallitischen Rechts erklärte[23]).

Hatte die traditio den Character der Einweisung in die Gewere angenommen, so ergab sich daraus von selbst, daß der Titel oder die mit Realexecution verbundene Obligation mit dem dinglichen Vertrage deutschen Ursprungs verglichen und demnach rechtlich beurtheilt wurde.

Ist nun, um dies noch einmal hervorzuheben, auch nicht zu leugnen, daß das R. R. jedenfalls mit dazu beigetragen hat, in Gestalt der sg. investitura abusiva die rechtlichen Wirkungen der Lehnsinvestitur, die sie im Langobardischen Lehnrecht, wenigstens nach der in den libri feudorum vorherrschenden Meinung hatte, abzuschwächen und denen der römischen Obligation zu nähern, so

---

22) S. die zweite der in der vorigen Note citirten Stellen aus Baldus. Vrgl. ferner denselben sup. feud. Quid sit inv. verb. abusiva. Extra nota quod ista materia facit ad quaestionem utrum emptor cui nondum res est tradita possit pro suo interesse opponere se, ne tertius in possessionem mittatur etc.

23) Martinus Laudensis a. a. O. Quid sit inv. tit. II. no. 7. Nam talis investitura censetur titulus etc.

wird andrerseits doch durch die angeführten Thatsachen das bewiesen, daß die in jener Theorie der Feudisten enthaltenen germanischen Rechtselemente in Folge der von den Feudisten und Commentatoren angestellten häufigen Vergleiche zwischen der Investitur und gewissen römischen Obligationen[24]) und insbesondere in Folge des Einflusses, den das Langobardische Lehnrecht in der Lehre von der Realexecution äußerte, eine Verkehrung und Umwandlung des römischen Obligationsbegriffes hervorrufen konnten und mußten.

Daß wir uns aber in der That das Verhältniß des gegenseitigen bestimmenden Einflusses der dinglichen Elemente germanischen Ursprungs in der Feudisten-Theorie von der abusiva investitura und der römischen Obligation nicht etwa allein so zu denken haben, als sei die civilrechtliche Lehre von dem jus ad rem die ältere und die von der investitura abusiva die jüngere, geht evident daraus hervor, daß die Bezeichnung jus ad rem, die, wie wir oben sahen, bereits zu Ende des 13. Jahrhunderts von einem Feudisten dem durch die investitura abusiva begründeten vasallitischen Rechte beigelegt wurde, zur Charakterisirung gewisser Obligationen, deren Gegenstand das dare oder tradere einer einzelnen bestimmten Sache war, erst viel später, nämlich erst seit dem 16. Jahrhundert gebraucht wurde[25]).

Nachdem wir so im Allgemeinen die Momente erörtert haben, welche auch für das civilrechtliche jus ad rem seine Entstehung aus dem dinglichen Vertrage des deutschen Rechts erklären, wollen

---

[24]) Vrgl. in dieser Beziehung z. B. Jason de Mayno ad l. 15 C. de r. v.

[25]) Baldus, der das Citat aus der summa des Jacobus de Ravanis anführt, welches den Ausdruck jus ad rem enthält, bedient sich dieses Ausdrucks für das Civilrecht noch nicht. Ebensowenig findet er sich bei Bartolus, Jason de Mayno und andern Commentatoren des 14. und 15. Jahrh. Dagegen wird er von einem Feudisten des 16. Jahrhunderts, von Rosenthal (a. a. O. c. VI. concl. 6 no. 8 not. f.) bereits mit Bezug auf das R. des Käufers gebraucht. Ueber die späteren Juristen, die mit diesem Ausdrucke die auf Leistung einer Species gerichtete Obligation bezeichneten, vrgl. Ziebarth a. a. O. S. 171.

wir jetzt die hierüber von den Commentatoren, insbesondere dem Baldus und Bartolus und seinen Zeitgenossen aufgestellte Theorie im Detail betrachten. Auch hier werden wir sehen, daß sich die einzelnen hierauf bezüglichen Rechtssätze aus germanischen Rechtsideen ableiten lassen und uns zwingen, dem sg. jus ad rem die Bedeutung eines relativ dinglichen Rechts beizulegen, wie wir es im älteren deutschen Recht, insbesondere aber im deutschen Lehnrecht kennen gelernt haben.

Diese einzelnen Grundsätze anlangend, muß übrigens eingeräumt werden, daß manche von ihnen anders, als wie dies im Großen und Ganzen von der Theorie des jus ad rem anzunehmen ist, zuerst von den Commentatoren des Civilrechts entwickelt und erst später auf das Lehnrecht übertragen worden sind[26]), ohne daß aber damit gesagt wäre, daß diese Grundsätze nicht das Gepräge von Rechtsgedanken an sich trügen, die dem R. R. fremd, sich nur aus Anschauungen, die dem germanischen Recht angehören, erklären und ableiten lassen.

Wir beginnen damit, das rechtliche Verhältniß näher in Betracht zu ziehen, in welchem, in Folge der ihm eröffneten Möglichkeit, seinem Autor die specielle Sache, welche Gegenstand desselben ist, wegzunehmen, der Inhaber des sg. jus ad rem sich diesem gegenüber nach Meinung der Commentatoren befindet.

Hier entsteht die Frage, wie ist die facultas dandi resp. tradendi aufzufassen, die auf Seiten des Autor vorausgesetzt wird, um die Realexecution gegen ihn in Anwendung zu bringen? Da steht es nun, wie wir unten des Näheren ausführen werden, zunächst fest, daß, wenn der Autor den Besitz der Sache in Folge

[26]) So z. B. der Grundsatz, daß der früher abusive investirte Vasall dem später investirten und eingewiesenen Vasallen vorgehen soll, wenn dieser die frühere inv. abusiva kennt. Dieser Satz findet sich bei älteren Feudisten noch nicht, sondern ist erst auf Grund des analogen, mit Bezug auf das Civilrecht aufgestellten Grundsatzes der Commentatoren später auch auf das Lehnrecht übertragen worden. Vrgl. Rosenthal a. a. O. c. VI. concl. 12 no. 7 not. g.

einer Veräußerung verliert, welche auf einen Dritten nicht sowohl den Besitz, sondern auch ein, dem jus ad rem gleich starkes oder stärkeres, dingliches Recht an der Sache zu übertragen bestimmt und geeignet ist, seine facultas dandi oder tradendi und damit auch die Möglichkeit, die Realexecution zu vollstrecken, als untergegangen angenommen wird[27]). Wie verhält es sich dagegen in dem Falle, wo der Autor nur factisch aber nicht de jure die facultas tradendi verliert, mithin zwar der Besitz, aber nicht zugleich irgend ein dingliches Recht an der Sache demselben verloren und auf einen Dritten übergegangen ist? Nähme man hier an, der Autor könne sich der Realexecution dadurch entziehen, daß er die zu tradirende Sache in die Gewahrsam oder den Besitz eines Dritten gelangen ließe, ohne zugleich damit für jenen Eigenthum entstehen zu lassen, um sie demnächst nach fruchtlos vollstreckter Realexecution und Zahlung des Geldinteresse wieder an sich zu nehmen und in seinen Besitz zurückzuführen, so würde dieser Umstand allerdings geeignet sein, die Annahme einer dinglichen Bedeutung des sg. jus ad rem sehr erheblich zu erschüttern.

Denn es hinge dann rein von der Willkür des Autor ab, nicht sowohl durch ein Veräußern die Geltendmachung des jus ad rem wider sich illusorisch zu machen, sondern auch die ihm abzunehmende Sache für sich selbst zu behalten und dennoch die Realexecution scheitern zu lassen. Die letztere würde so fast rein von dem Willen des Schuldners abhängig, der sonach weder in der Möglichkeit, die zu exequirende Sache zu veräußern, noch sie für sich zu behalten, sondern höchstens insofern beschränkt erschiene, als er zu der Zeit der Executionsvollstreckung dieselbe nicht offen und frei vor den Augen des Executors sehen lassen dürfte, sie vielmehr zu verbergen und deshalb erforderlichen Falles zeitweilig in den Besitz Dritter gelangen zu lassen gezwungen wäre.

Dies ist den Theoretikern des Mittelalters denn auch nicht entgangen. Schon bei einem der älteren Feudisten, Johannes

[27]) Ueber die Ausnahmen hiervon S. unten S. 92 ff.

Blancus[28]), findet sich eine Andeutung dahin, daß der dominus, wenn er weder dolo noch culpa den Besitz des Lehns verloren, dem abusiv investirten Vasallen caviren müsse de re tradenda für den Fall, daß die Sache später wieder in seinen Besitz und damit, wie der Feudist sich ausdrückt, in sein posse (d. h. die facultas tradendi) zurückgelange.

Dies läßt darauf schließen, daß man sich das dolo vel culpa desinere possidere nicht als eine bloße Einräumung des Besitzes, sondern als ein Veräußern der Sache dachte, das nicht sowohl den Besitz, sondern auch das Recht an der Sache auf einen Dritten übergehen zu lassen vermöge. Andreas de Isernia[29]) erwähnt daher auch nur zwei Arten des Verlustes der facultas tradendi auf Seiten des dominus: des durch traditio des Lehns auf einen Dritten hervorgebrachten Verlustes und des cadere a possessione. Letzteres nennt er ein Verlieren des Besitzes ohne Schuld, woraus geschlossen werden darf, daß das desinere possidere dolo vel culpa ihm gleichbedeutend ist mit einem Tradiren der Sache an Dritte.

Jeden Zweifel über die rechtliche Beurtheilung des Falles, wo die facultas tradendi auf Seiten des Autor nicht dauernd in Folge einer Veräußerung verloren geht, sondern nur zeitweilig durch ein absichtliches oder unfreiwillig herbeigeführtes Unterbrechen seines Besitzes, schließt aber Baldus aus, dessen Aussprüche in Bezug auf die Lehre vom jus ad rem von den späteren italienischen und seit der Reception des R. R. auch von den deutschen Juristen als maßgebend betrachtet wurden. Derselbe sagt in seinem Commentar zur l. 5 (ignoti) C. de revoc. his quae in fraud. cred. alien. sunt (7. 75) sub no. 3:

---

28) a. a. O. cap. Qu. mod. feud. acq. cum supradictum est quod. Si vero nec dolo nec culpa desiit possidere nec fuit in mora videtur, quod dominus cavere habeat de re tradenda, si in posse ejus res pervenerit.

29) Praeamb. no. 45 — Sed si non tradidit alii dominus sed cecidit forte a possessione dominus non teneretur ex quo sine culpa sua desiit.

Quaero, quid si habens dominium et possessionem, transtulit solam possessionem in fraudem creditorum retento sibi dominio? Respondeo creditores jure ordinario sunt tuti, quia sententia lata contra debitorem, mandabitur executio in illa possessione absque eo quod oporteat agi revocatoria quae est remedium extraordinarium — proprietas tamen potest pignori capi, quae ex vi attractiva avellet possessionem a praedone.

Er erklärt sonach da, wo nicht schon das Eigenthum, sondern bloß der Besitz auf Seiten des debitor verloren gegangen ist, sei es durch eine in fraudem creditorum vorgenommene Besitzentäußerung, sei es, wie er im Schlußsatz sagt, durch einen unfreiwilligen Besitzverlust (Dejection durch einen praedo), die gegen den debitor auf ein dare oder tradere einer speciellen Sache gerichtete Klage für ausreichend und geeignet, nicht sowohl eine Beschlagnahme der Proprietät der zu gebenden Sache herbeizuführen, sondern mit Attractionskraft auch den beim Dritten befindlichen Besitz zu ergreifen, gegen den zwar nicht unmittelbar, wohl aber indirect mit dem Umwege über den Autor, die Klage aus dem jus ad rem gerichtet werde, um im Executionsstadium auch ihn zu treffen[30]).

Wenn deshalb von Manchen[31]) gegen die Dinglichkeit des sg. jus ad rem geltend gemacht wird, es fehle dem Berechtigten an einer condictio furtiva oder einer ähnlichen Klage zum Zwecke

[30]) Ganz derselbe Grundsatz findet sich in einer neuern Executionsordnung, dem preußischen Gesetz, „betreffend einige Abänderungen der Vorschriften über — die Execution in Civilsachen", v. 20. März 1854 anerkannt, dessen §. 18 bestimmt: „Soll die Execution in Sachen oder Gelder, welche dem zu Exequirenden eigenthümlich gehören, sich jedoch im Besitze oder in der Gewahrsam eines Dritten befinden, vollstreckt werden, so ist auf Antrag des Executionssuchers der dritte Besitzer oder Inhaber anzuweisen, bei eigener Vertretung die betreffenden Sachen oder Gelder dem zu Exequirenden nicht auszuantworten sondern an das Gericht abzuliefern ꝛc.

[31]) Förster, Theorie und Praxis III, S. 6.

der Besitzerlangung der im Besitze eines Dritten befindlichen Sache, so fällt dieser Einwand, wenn, wie wir sehen, das jus ad rem gegen den dritten Besitzer vermittelst der gegen den Autor zu richtenden Klage zur Geltung gebracht werden konnte. Diese Art der indirecten Geltendmachung des jus ad rem, wie sie Baldus gegen den dritten Besitzer, vermittelst der von dem Berechtigten gegen seinen Autor anzustrengenden Klage giebt, ist aus dem R. R. nicht zu erklären. Sie muß uns dagegen sofort verständlich erscheinen, wenn wir uns daran erinnern, daß das deutsche Recht das aus seinem dinglichen Vertrage entstehende Recht in gewissen Fällen ebenfalls, wie dies hier mit dem jus ad rem geschieht, gegen den dritten Besitzer nur indirect durch Vermittelung des Autor geltend machen ließ. Haben wir ja doch bereits oben wahrgenommen, daß die im Capitular Ludwig des Frommen vom J. 819 (resp. 817) c. 6 gegen den dritten Miterben auf Vollziehung der Theilung gerichtete Realexecution nicht sowohl im Namen dessen, der die Einweisung in die Gewere nachsucht, sondern im Namen seines Autors, resp. dessen Erben, dem der Umstand der noch nicht vollzogenen Theilung kein Hinderniß sein und keinen Einwand gegen die Vollziehung der investitura abgeben soll, stattfindet[32]).

Endlich ist hier noch zu bemerken, daß da, wo das vom Autor, culpa vel dolo herbeigeführte, desinere possidere nicht eine Rechtsveräußerung, sondern nur eine zeitweilige Besitzentäußerung darstellt und, weil die Realexecution weder beim Autor selbst, noch bei einem dritten Besitzer hat vollstreckt werden können der erstere zur Geldentschädigung condemnirt wurde, der Inhaber des jus ad rem damit seinen Anspruch auf die Sache selbst keineswegs verliert, diesen vielmehr — vorbehaltlich der Zurückerstattung des empfangenen Geldaequivalents, wie wir hinzufügen

---

32) S. oben S. 24 Note 20.

müssen, wieder geltend machen kann, sobald dieselbe sich später einmal wieder im Besitze des Autor vorfindet[33]).

Wir wenden uns nun zu der Betrachtung der Fälle, in denen das jus ad rem mit Rechten, die von Andern auf dieselbe Sache geltend gemacht werden, in Collision kommt. Ebenso, wie bei der Darstellung der Wirkungen der investitura abusiva müssen wir auch hier zwei Hauptfälle unterscheiden, nämlich, ob der Gegner, welcher dem Inhaber des jus ad rem gegenübersteht, sein Recht von demselben Autor ableitet wie dieser oder nicht. Den ersteren Fall anlangend, wo beide Prätendenten denselben Autor haben, so wird auch hier wieder gefragt, ob beide Theile nur ein jus ad rem in Anspruch nehmen, oder ob einer von ihnen bereits außer dem jus ad rem den Besitz

---

[33]) Vrgl. hierüber die Statuta civilia von Bologna (Bononiae 1530) Fol. 35. 36. Daselbst heißt es unter der Rubrik: De eo qui alienaverit seu possidere desierit rem, super qua movebatur quaestio vel moveri suspicabatur: Statuimus quod si quis oblata petitione coram Judice et penes Notariorum actorum dimissa citatus fuerit in judicio ad petitionem alicujus super aliqua actione hypothecaria, vel alia reali actione, vel mixta vel personali eo qui dicatur possidere, vel detinere rem petendam ab ipso mobilem vel immobilem et rem illam a se petendam alienaverit etc. und dann weiter unten: Et si feratur sententia contra ipsum conventum mandetur sententia executioni contra ipsum et ejus bona et personam secundum jura, ac si dolo desierit possidere. Et nihilominus in ipsa re contra principalem, si postea possidere reperiatur et aliam quemcunque possessorem jus victori ad cujus petitionem dicta citatio emanaverit salvum remaneat et in ipsa re alienata executio fieri possit et debeat non obstante tali alienatione vel sententia lata contra dictum citatum super eadem re ad petitionem alterius cujuscunque. Bezieht sich diese Stelle auch zunächst nur auf den Fall der Veräußerung einer res litigiosa nach bereits erfolgter Einreichung der Klage, so ergiebt sich doch aus ihrem Inhalt ein allgemeines Princip, das auch dann Platz greifen muß, wenn der debitor vor der Klageanstellung sich des Besitzes der res petenda entäußert und sie später nach Abfindung des Klägers in Gelde wieder erlangt hat. Dies lehrt die Ueberschrift mit den Worten rem, super qua movebatur quaestio vel moveri suspicabatur.

der streitigen Sache tradirt erhalten und so ein jus in re erworben hat. Im ersten Falle soll nun ebenso, wie wir dies im deutschen Lehnrecht und in der Lehre von der investitura abusiva statuirt fanden, das Alter der collidirenden jura ad rem entscheiden: dergestalt, daß das ältere das jüngere ausschließt und, während das ältere die Sache selbst im Wege der Realexecution ergreift, das jüngere sich in einen Anspruch auf das Geldaequivalent gegen den Autor umwandelt[34]).

Man berief sich deshalb auf eine Stelle des R. R. l. 26 D. locat. 19. 2, die von der Dienstmiethe handelt, mithin einer Art der Obligationen, bei der die dem Einen versprochene Leistung nicht die Möglichkeit ausschließt, dieselbe Leistung einem Andern zu gewähren, vielmehr nur die Gleichzeitigkeit der Leistung an Beide, nicht aber die Möglichkeit, successiv sowohl dem einen als dem andern Gläubiger gerecht zu werden, ausgeschlossen ist. Für diesen Fall wird nun im R. R. bestimmt, daß der ältere Dienstmiether von dem Dienstvermiether zuerst und hierauf erst der Andere bedient werden solle, der sich von demselben Dienste hat versprechen lassen. (In operis duobus simul locatis convenit, priori conductori ante satisfieri.) Der in der römischen Stelle erwähnte Fall ist deshalb ein ganz anderer als der bei einer Concurrenz mehrerer die Leistung derselben speciellen Sache fordernder Prätendenten. In diesem Falle also z. B., wo mehrere Personen vom selben Verkäufer die nämliche Sache kauften, würde, wie wir dies bereits in der Einleitung gezeigt haben[35]), nach R. R. lediglich die Prävention in Ausbringung eines siegreichen Erkenntnisses entschieden haben.

---

34) Jason de Mayno ad l. 15 C. de r. v. (3. 32) no. 34 — sin autem una res fuisset diversis temporibus duobus vendita, sed neutri eorum fuisset tradita et ambo concurrerent, tunc quum ambo habent solum titulum, ille praefertur cui prius fuit vendita per ea quae habentur in l. operis ff. loca.

35) S. oben S. 9.

Einen Vorzug des älteren Rechts vor dem jüngeren in diesem Falle zu statuiren, muß vom Standpunkt des R. R. aus völlig unbegreiflich erscheinen und, weil der rechtlichen Natur der Obligation widersprechend, als unmöglich angesehen werden. Noch weniger ließe sich nach R. R. eine Art Präjudicialklage rechtfertigen, wie sie aus der von den Commentatoren aufgestellten Priorität des älteren vor dem jüngern Inhaber eines jus ad rem folgt und die es ihm möglich macht, die Realisirung seines Rechts auf eine bestimmte Sache vermittelst der Realexecution nicht bloß dem Autor gegenüber, sondern auch gegen einen dritten Prätendenten selbständig zu verfolgen und durchzusetzen. Zogen deshalb die Commentatoren die oben citirte Stelle des R. R. zur Begründung jener Priorität des älteren vor dem jüngeren jus ad rem an, so müssen wir dies als ein Anklammern an eine Bestimmung des R. R. betrachten, die oberflächlich angesehen, etwas Aehnliches wie das Behauptete, im Grunde genommen aber ganz etwas Verschiedenes besagte. Es ist dies eine Erscheinung, der wir bei der mittelalterlichen Jurisprudenz überall da begegnen, wo es galt, einen im R. R. nicht ausgesprochenen Rechtsgedanken, den man aus dem einheimischen Recht überkommen hatte, und von dem man, wenn auch vielleicht unbewußt, beherrscht wurde, der Autorität des R. R. gegenüber, dadurch zu erhalten, daß man Verordnungen des letzteren zu seiner Motivirung anzog, die dem äußern Schein nach, nicht aber in Wirklichkeit, etwas dem aufgestellten, auf germanischen Boden fußenden Grundsatze Aehnliches besagten.

Auf germanischen Ursprung dürfen wir aber jenen Grundsatz von der Priorität des älteren vor dem jüngeren jus ad rem deshalb zurückführen, weil derselbe sich, wie gezeigt, aus dem R. R. nicht herleiten läßt, und weil wir ihn ferner im deutschen Recht da anerkannt finden, wo zwei Prätendenten concurriren, die auf Grund verschiedener mit demselben Autor abgeschlossener dinglicher Verträge sich ein Recht auf die nämliche Sache zuschreiben, ohne daß aber einer von ihnen bereits die Gewere daran erlangt hätte.

In dem zweiten Fall des Concurrirens mehrerer Successoren desselben Autor, wenn von ihnen einer bloß das jus ad rem geltend macht, während der andere sich außerdem auf Tradition beruft, stellen die Commentatoren auf Grund von l. 15 C. de r. v. die Regel auf, daß die Tradition entscheide und daher das bloße jus ad rem des einen durch das vom andern zu dem jus ad rem auf dieselbe Sache noch außerdem durch traditio erworbene jus in re ausgeschlossen werde[36]).

Desgleichen nahm man an, daß es einem früheren Erwerber eines jus ad rem regelmäßig nicht möglich sei, eine Weiterveräußerung der ihm versprochenen Sache und den Uebergang des Eigenthums an derselben auf einen jüngeren Erwerber zu verhindern, wenn der Autor dieselbe letzterem tradire[37]). Hiervon macht jedoch einer der Commentatoren, Jason de Mayno[38]), eine bemerkenswerthe Ausnahme für den Fall, wenn der erste Erwerber gegen die Vornahme einer Veräußerung derselben Sache an einen Andern bei Gericht appellire. Dieses mit dem Namen appellatio bezeichnete Inhibitorium soll nämlich bewirken, daß die demungeachtet an einen Andern vorgenommene Veräußerung für den ersten Erwerber unschädlich gemacht und als ein widerrechtlicher Eingriff in das durch dasselbe für jenen sichergestellte Recht revocirt werden könne.

Der Commentator beruft sich zum Beweise dessen auf eine Verordnung des Papstes Innocenz III. im c. 51 X. de appell. (2. 28), wonach ein Besitzer, der die Gefahr einer künftigen Störung seines Besitzes wahrscheinlich machte, extra judicium, also ohne daß bereits ein Besitzproceß begonnen zu haben brauchte, sich mit einem, Appellation genannten, Rechtsmittel an den Richter

36) Jason de Mayno a. a. O. no. 1. Baldus ad C. lib. VII. tit. de rev. his quae in fraud. cred. (75) Rubr. no. 1.

37) Baldus ad tit. Quid sit investitura verb. abusiva; S. oben S. 80 Note 22.

38) zu l. 15 C. de r. v. (3. 32) no. 3.

mit dem petitum auf Erlaß eines Befehles wenden konnte, demzufolge Petent so lange von jedem Andern, der etwaige Ansprüche, auf die im Besitze jenes befindliche Sache erheben möchte, in deren ruhigen Besitz zu lassen, bis in petitorio zu Ungunsten des Petenten entschieden worden. Die Uebertretung dieses Befehles bewirkte dann ferner, daß der des Besitzes Spoliirte zunächst wieder in den zur Zeit der eingelegten Appellation vorhanden gewesenen rechtlichen Status eingesetzt werden mußte. Es ist dies ein Rechtsmittel, das, wie uns Form. Langobardica XXIII.[39]) lehrt, dem germanischen Recht Italiens angehört und ursprünglich darin bestand, daß der Graf, auf Wunsch eines sich deshalb an ihn wendenden Besitzers mit dem Bann über eine Sache, in deren Besitz jener geschützt sein wollte, Frieden wirkte und so, unter Vorbehalt des Rechtsweges, bei Strafe des Bannes, jeden widerrechtlichen Eingriff im Wege der Selbsthülfe jedem Dritten verbot. Wird deshalb von unserm Commentator dasselbe Rechtsmittel zum Schutze des jus ad rem gewährt, das nach germanischen und kanonischen Rechtsquellen mit einem Recht, das erst der Besitz, nicht schon die Aussicht auf dessen Erlangung gewährte, verbunden ward, so muß dies uns als ein Zeichen dafür gelten, daß das jus ad rem in seinen Augen ein Recht war, welches ebenso wie das durch die Erlangung des Besitzes erworbene Recht Anspruch

[39]) Noticia de banno. Qualiter fit noticia de banno misso super res. Donne comes, hoc dicit Petro, quod habet et tenet ad suam proprietatem res, quae sunt in tali loco — et si aliquis homo est, qui inde vul aliquid dicere, paratus est cum eo exinde ad rationem standi et legitime finiendi: sed quod plus est querit et vul ut vos Donne Comes mittatis bannum super se et super ipsas res propter Deum et anime Donni Imperatoris ac vestri mercedem, ut nullus quidlibet homo eum de predictis rebus disvestire presumat sine legali judicio. Qui vero fecerit componat mille mancusios aureos medietas camere Donni Imperatoris et medietas ipsi et suis heredes. Mittis ita bannum? Mitto. Precipite fieri noticiam.

machen könne auf einen Rechtsschutz, der sonst nur dinglichen Rechten zu Theil wurde[39a]).

Zwei andere wichtige Ausnahmen von dem Satze, daß in der Regel das durch traditio begründete, wenngleich jüngere, jus in re dem älteren jus ad rem vorgehe und der Inhaber des letzteren durch den des ersteren ausgeschlossen werde, lassen die Commentatoren ferner für die folgenden beiden Fälle zu:

1. wenn der jüngere Erwerber des jus in re das ältere jus ad rem kannte, als er sich die streitige Sache vom gemeinschaftlichen Autor tradiren ließ.

2. wenn der frühere Erwerber sein jus ad rem auf einen onerosen Titel stützt, während ein jüngerer Erwerber ein jus in re an derselben Sache auf Grund eines lukrativen Titels geltend macht.

In beiden Fällen soll der Inhaber des älteren jus ad rem mit einer actio in factum revocatoria gegen den dritten Besitzer auf Herausgabe der vom gemeinsamen Autor an ihn veräußerten und tradirten Sache zu klagen berechtigt sein. Von den Commentatoren finden sich diese Sätze zuerst bei Baldus aufgestellt, aus dessen Schriften sie dann in die der späteren Commentatoren und, wie wir oben sahen, auch in die der Feudisten des 16. Jahrhunderts übergingen[40]).

39a) Derartige Inhibitorien finden sich selbst hie und da auch noch in der heutigen gemeinrechtlichen Praxis anerkannt. So hat das O. A. G. R. zu Rostock am 15. April 1850 erkannt (Buchka und Budde, Entscheidungen I, S. 54), daß der Miether gegen die vom Vermiether vorzunehmende Veräußerung der vermietheten Sache ein dieselbe bei Strafe der Nichtigkeit verbietendes gerichtliches Inhibitorium erwirken könne. Vgl. im Uebr. Brackenhöft a. a. O. S. 82.

40) Baldus ad C. lib. VII. tit. de rev. his, quae in fraud. cred. alien. sunt (75) Rubr. no. 1. Mirabiles conclusiones videntur inferri in hac materia: vendidisti mihi rem aliquam et, antequam tradas, vendidisti et tradidisti eam Titio in fraudem meam. Nam in rei vindicatione et publiciana potior est Titius, tamen si fraudem participavit, revocabo. Si autem fuit sibi donata, revocatur etiam si fraudem non participavit etc. Ferner derselbe ad l. 5 C. ibid.

Doch darf er nicht als Erfinder derselben gelten, oder man darf wenigstens nicht annehmen, daß die ihnen zu Grunde liegenden Gedanken aus ihm selber ohne einen Antrieb von Außen her entsprungen wären. Vielmehr stand er jedenfalls unter der Macht von Anschauungen seiner Zeit, die seine juristische Reflexion auf Aufstellung jener Lehrsätze hinlenkten.

Abgesehen von einer Andeutung in der Glosse[41]) finden wir nämlich dieselben Rechtssätze in den im 12.—14. Jahrhundert verfaßten Statuten von Pisa und zwar in einer daraus uns von Delbrück mitgetheilten Stelle[42]).

Diese bezieht sich, wie es bei oberflächlicher Betrachtung scheinen möchte, keineswegs allein auf den Rechtsschutz dessen, der den Besitz einer Sache schon früher einmal gehabt hat und den später verlorenen wieder erlangen will (recuperare). Sie begreift vielmehr auch den Fall, wo Jemand den Besitz einer Sache, die er

---

41) Gl. ad l. 15 C. de r. v. verb. jure. — Jure, id est non dolo. Jure, id est bona fide vel sine dolo secundum quosdam, vel jure quantum in vendentis praejudicium non autem jure quia incidit in legem Cornel. de falsis ut ff. ad leg. Corn. de fals. l. qui duobus.'

42) Delbrück, dingliche Klage S. 199—200. Die betreffende Stelle lautet: „Novum malum et bonis hominibus ut credimus inopinatum resecare cupimus. Quidam enim possessionem rerum habentes, quas per rationem ab adversario suo credere debent se defendere non posse, callida machinatione judicia deluserunt. Cum enim possessiones violentas vel alio modo injustas haberent, vel quas per contumaciae sententiam vel diffinitivam restituere deberent, illas in detrimentum alterius partis in alios transtulerunt vel eas dereliquerunt ut aliis aperiretur locus eas detinere. Sive etiam illas vi amiserunt et hoc modo delusi illi qui eas possessiones recuperare vel habere debeant: nullo jure eas habere potuerunt. Quod nos ne de cetero contingat providentes constituimus, talem possessionem etiam per multas iverint manus apud quemcunque inveniantur ei qui taliter delusus restitui debere, nisi apud quem inveniantur nesciens fraudem titulo emptionis vel alio justo non tamen lucrativo ut donatione possideat; qui enim dono habuerit, quamvis fraudem nesciat, possessionem restituat, salva proprietatis quaestione in ea curia unde esse videbitur.

bisher noch nicht gehabt, haben (habere) d. h. erlangen möchte, dem aber durch einen Andern, mittelst fraudulöser Weiterveräußerung der von ihm zu gebenden Sache an einen Dritten, die Besitzerlangung zu vereiteln versucht worden ist[43]).

In beiden Fällen soll nun der beklagte Dritte den Anspruch des Klägers nur dann ausschließen, wenn er den Besitz der streitigen Sache bona fide d. h. ohne das frühere Recht seines Gegners zu kennen und oneroso titulo erworben hat.

Ist nun auch nicht in Abrede zu stellen, daß die Veranlassung zu Aufstellung dieser Grundsätze im Allgemeinen in scheinbar ähnlichen Bestimmungen des R. R. gesucht werden muß[44]),

---

[43]) Vrgl. deshalb eine andere Verordnung derselben Statuten und zwar des breve Pisani communis a. 1286 c. III. desententiis: Qui justior est in possessione ille defendatur, nec prosit ei qui est antiquior in possessione si alius potior est jure et justior in possessione. Et intelligatur potior et justior, qui est potior in obligatione. (Dieses Citat entnehmen wir der Ausgabe, welche Bonaini unter dem Titel: Statuti inediti della citta di Pisa dal XII. al XIV. secolo Firenze 1854 veröffentlicht hat, und zwar dem ersten Bande derselben. Ueber diesen ist jene Ausgabe nicht hinausgekommen und haben wir deshalb die oben citirte, in demselben nicht enthaltene Stelle dem genannten Delbrück'schen Buche entlehnt.)

[44]) l. 5 C. de revoc. his quae in fraud. credit. (7. 75). Ignoti juris non est, adversus eum, qui sententia condemnatus intra statutum tempus satis non fecit, nec defenditur bonis possessis itemque distractis, per actionem in factum contra emtorem, qui sciens fraudem comparavit, et eum qui ex lucrativo titulo possidet, scientiae mentione detracta, creditoribus suis esse consultum. Wenn oben gesagt ist, daß die nächste Veranlassung zur Aufstellung der beiden im Text aufgestellten Ausnahmen im R. R. gesucht werden muß, so gilt dies besonders von der an zweiter Stelle genannten, derzufolge das lucrativo titulo erworbene jus in re das ältere jus ad rem selbst dann nicht ausschließen soll, wenn sein Inhaber in bona fide ist. Diese Bestimmung ist dem d. R. fremd und offenbar nur durch die scheinbar ähnliche Vorschrift der oben citirten l. 5 C. de rev. hervorgerufen worden. Sie findet sich übrigens später, abgesehen von dem jus ad rem auch auf andere Institute des modernen Rechts übertragen, welche ihren Ursprung germanischen Rechtssätzen verdanken, wie z. B. die durch die deutsche Rechtsregel „Hand muß Hand wahren" beschränkte rei vindicatio des preuß. allgem. Landr. §. 24 I. 15.

so läßt sich doch andrerseits nachweisen, daß für die Anwendung und Uebertragung derselben auf den vorliegenden Fall unzweifelhaft germanische Rechtsanschauungen die Ursache gewesen sind.

Die betreffenden Bestimmungen des R. R. setzen bekanntlich auf Seiten des debitor Insolvenz[45]) voraus, so daß da, wo die Obligation auf ein dare oder tradere einer Species gerichtet ist, die Gläubiger den dritten Erwerber der veräußerten Sache nur dann in Anspruch nehmen können, wenn sie nicht einmal hinsichtlich des Aequivalents derselben in Gelde ihre Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners haben finden können. Es war daher die actio in factum (act. Pauliana) nicht sowohl auf eine Revocation der veräußerten Species, sondern vielmehr nur auf die ihres Vermögenswerthes gerichtet. Dieser sollte in das Vermögen des debitor zurückgebracht werden, um zur Befriedigung der Gläubiger zu dienen, denen dieser Vermögenswerth sonst entginge. Wenn im Gegensatz hierzu Baldus die Insolvenz des debitor, der eine Species zu tradiren oder zu geben versprach für nicht erforderlich hält und deshalb die Geltendmachung der actio in factum von dem Nachweis vorgängiger vergeblicher Excussion für unabhängig erklärt[46]), so verwandelte sich damit der rechtliche Charakter der actio in factum und demzufolge auch der Charakter des damit geltend zu machenden Rechts vollständig.

Der Gegenstand der Obligation und der actio in factum ist sonach nicht mehr ein Vermögenswerth, sondern die Sache selbst: eine Vorstellung, die sich von einer richtigen Auffassung des Begriffs der Obligation so weit entfernt, daß sich

---

[45]) l. 10 §. 1, l. 15. 16 D. quae in fraud. cred. (42. 8) §. 6 J. de act. (4. 6), Puchta Pand. §. 380.

[46]) Baldus a. a. O. no. 2. Cogita tu in praedictis et nota quod ista actio datur in subsidium quando est debitum quantitatis secus si debetur species alienata. Cum hac distinctione intellige quod non requiritur excussio, quia quod debetur est ipsa species alienata.

dieselbe mit logischer Consequenz in den eines dinglichen Rechts umwandelt; denn nur ein dingliches Recht kann eine einzelne bestimmte Sache zu ihrem Gegenstande haben.

Diese Vorstellung erklärt sich daher aus dem R. R. absolut nicht, vielmehr involvirt eine derartige mißverständliche Auslegung der betreffenden Bestimmungen Anschauungen, die sich nur dann begreifen lassen, wenn wir anderwärts, mithin außerhalb des R. R. Rechtssatzungen begegnen, die wegen ihrer scheinbaren Aehnlichkeit zu einer solchen mißverständlichen Auffassung jener römischen Stellen und zu der Vorstellung führen konnten, man könne das Behauptete aus dem R. R. begründen.

Nun haben wir oben ein, dem Langobardischen Recht angehöriges, Capitular Lothar I. kennen gelernt, in dem, wenn Jemand nach einander Mehreren ein und dieselbe Sache betrüglicher Weise veräußert, bestimmt wird, daß der zweite Erwerber, wenn er daran den Besitz erlangt und ein Jahr lang unangefochten behauptet hat, den ersten Erwerber ausschließen soll, wofern er sich in Unkenntniß befindet rücksichtlich der an jenen geschehenen Veräußerung. Dasselbe Erforderniß der Unkenntniß von der früheren Veräußerung stellt ferner unter Bezeichnung des zweiten Käufer als eines emptor bonae fidei Albertus in seinem Lombarda-Commentar auf[47]).

Es wird demnach hier, um eine früher stattgefundene Veräußerung, die freilich dort mittelst eines dinglichen Vertrages (traditio) geschieht, durch eine spätere zu entkräften, dieselbe Voraussetzung der Unkenntniß auf Seiten des jüngeren Erwerbers mit denselben Worten ausgesprochen, wie dies später von Baldus in Bezug auf ein früheres jus ad rem geschieht. Eine Verwechselung zwischen dem dort vorausgesetzten dinglichen und einem bloß obligatorischen Vertrage und daher die Uebertragung der mit Bezug auf jenen aufgestellten Bedingung der Unkenntniß eines spätern

47) ad lib. II. tit. 19 Leg. Lang. — emptore bonae fidei tamen primam traditionem ignorante.

Erwerbs auf den Fall, wo ein angeblich obligatorisches Recht mit einem später erworbenen jus in re collidirte, lag deshalb sehr nahe, weil in jener Stelle des Langobardischen Rechts selbst die Ausdrücke traditio und venditio abwechselnd zur Bezeichnung desselben Vorganges gebraucht werden.

Hierzu kam ferner, daß die dem römischen Strafrecht angehörende l. 21 D. de leg. Corn. de fals. (48. 10) in Bezug auf den obligatorischen Vertrag des Kaufs, wenngleich ohne dieselben civilrechtlichen Voraussetzungen und Consequenzen, dasselbe Verbot einer successiven Veräußerung derselben Sache aufstellte, welches sich im germanischen Recht, z. B. in dem oben genannten Capitular in Bezug auf mehrere Veräußerungen durch traditio ausgesprochen fand.

So lag eine Verwechselung der beiden Verbote und die irrthümliche Annahme sehr nahe, daß die l. 21 de l. C. auch civilrechtlich rücksichtlich des obligatorischen Vertrages dieselbe Bedeutung habe, wie das germanische Verbot, betreffs der doppelten traditio. Daß in der That eine solche stattgefunden hat, zeigen, abgesehen von einer bereits in der Gl. zu l. 15 C. de r. v. enthaltenen Andeutung [48]), die Statuten zweier italienischer Stadtrechte des 14. Jahrhunderts, welche mit Bezug auf die venditio für den Fall eines Verkaufs derselben Sache an mehrere Personen durch denselben Verkäufer dieselbe Strafe des Bannes verhängen, welche im Langobardischen Recht demjenigen angedroht wird, der eine doppelte Tradition vornimmt [49]).

---

48) S. oben S. 92 Note 41.

49) Statuta communis Casalis e codice membranaceo saeculi XIV. exstat in tabulario civitatis Casalis (Monumenta historiae patriae edita jussu Regis Caroli Alberti. Leges municipales. August. Taurinor. 1838) S. 952. Item statutum est quod si aliquis homo de Cassalli vendiderit aliquam rem alicui persone quod amplius eam vendere non possit alicui alteri persone in banno librarum decem etc. Statuta civitatis Eporediae (in derselben Sammlung S. 1236). Item

Ein ferneres Zeugniß dafür, daß im germanischen Recht der Grund zu jener Theorie des Baldus zu suchen ist, giebt die bereits erwähnte Bestimmung der libri feudorum II, 34 §. 1, die bei einer Collision mehrerer, ihre Ansprüche auf dasselbe Lehen vom selben dominus ableitender Vasallen, demjenigen vor dem andern unter Umständen den Vorzug giebt, der sine fraude besitzt; mithin also ein fraudulös, d. h. mit Kenntniß von dem Recht seines Gegners erworbener Besitz einem Vasallen dem an sich schwächern Recht jenes gegenüber nicht zum Siege zu verhelfen geeignet sein soll.

Endlich ist die oben angeführte Verordnung der Statuten von Pisa zum Beweise des von uns Behaupteten anzuziehen, in der die actio in factum, die zum Schutze eines älteren jus ad rem einem jüngeren jus in re gegenüber gegeben wird, mit der dinglichen Klage, die nach diesen und andern italienischen Statuten des Mittelalters an den ehemaligen Besitz geknüpft wurde[50]), völlig gleich behandelt wird; mithin einen Einfluß germanischer Rechtsanschauungen auf die Behandlung jener Klage und des ihm zu Grunde liegenden Rechts darthut.

Auf germanisches Recht und die Uebertragung von Rechtssätzen desselben, die sich auf seinen dinglichen Vertrag bezogen, auf die römische Obligation, so weit diese das Geben oder Tradiren einer Species betrifft, ist es daher zurückzuführen, wenn die Commentatoren die actio in factum des Gläubigers, der eine vom debitor einem Dritten veräußerte Sache revocirt, in einer dem R. R. so völlig fremden Weise beurtheilten, daß sie aus einer persönlichen sich in eine dingliche Klage umwandelte.

---

statuerunt et ordinaverunt quod si aliqua persona vendiderit aliquam rem vel possessionem diversis personis una ignorante de alia potestas sive vicarius tenetur ipsum cogere ad satisfaciendum decepto usque ad quantitatem rei precii venditae — et ultra hoc solvat pro banno libras 50 imperiales.

[50]) Delbrück a. a. O. §. 27.

Denn als eine solche muß sie betrachtet werden und erscheint auch so bei Baldus, der, wenngleich er sich dieses ihres dinglichen Charakters nicht völlig bewußt gewesen sein mag, keinen Anstand nimmt, sie der actio hypothecaria völlig analog zu behandeln[51]).

Wir begegnen endlich in der Lehre der Commentatoren von den Wirkungen des jus ad rem derselben von den Feudisten aufgestellten Vermuthung[52]), nach welcher da, wo sich zwei Prätendenten nicht sowohl demselben Autor gegenüber auf jus ad rem, sondern auch auf Grund einer beiderseits nachgewiesenen Tradition auf jus in re an derselben Sache berufen, ohne daß doch der eine eine Priorität seines Besitzes gegenüber dem des andern nachzuweisen im Stande wäre, das ältere jus ad rem den Ausschlag geben und das darauf gestützte jus in re im Vergleich mit dem andern das bessere Recht darstellen soll. Von dieser, dem R. R. völlig fremden Präsumtion haben wir bereits oben (S. 57) gezeigt, wie sie sich nur aus einem ähnlichen Grundsatze des germanischen Sachenrechts erklären läßt, demgemäß da, wo kein Prätendent dem andern gegenüber eine bessere Gewere darthun kann, während doch beide nachweisen, eine factische Gewere an derselben Sache zu haben, resp. gehabt zu haben, der derselben zu Grunde liegende, mit demselben Autor abgeschlossene dingliche Vertrag und dessen Priorität entscheidet.

Den andern Hauptfall anlangend, wo dem Inhaber eines jus ad rem ein Dritter gegenübersteht, der seinen Anspruch auf die streitige Sache nicht vom selben Autor ableitet, entweder, weil er überhaupt kein Recht an derselben hat, wenn er ihren Besitz

---

51) a. a. O. zu l. 5 C. de rev. his etc. 7. 75 — eadem distinctione utor in revocatoria qua utor in hypothecaria.

52) Jason de Mayno zu l. 15 C. de r. v. no. 37. Zu bemerken ist hier noch, daß da, wo beide Theile sich auf einen onerosen Titel stützen, z. B. auf Kauf, derjenige Inhaber des älteren jus ad rem obsiegen soll, der die Erfüllung der Gegenleistung seinerseits, also z. B. Zahlung des Kaufpreises, darthut. Ohnedem soll der jüngere Erwerber vorgehen, wenn dieser die Gegenleistung nachweist.

vielleicht auch vom selben Autor überkam, oder weil er selbst eigene, beziehungsweise von einem andern Autor abgeleitete Rechte auf sie zu haben vorgiebt, so haben wir die eine Eventualität, nämlich die, wo der Dritte die streitige Sache bloß im Besitz hat, ohne ein Recht daran nachweisen zu können, bereits oben erörtert. Wir haben dort gezeigt, daß in diesem Falle dem Inhaber des jus ad rem in der Weise geholfen wird, daß die gegen den Autor gerichtete Klage in der Executionsinstanz auch gegen den dritten Besitzer verfolgt werden kann. Liegt dagegen der Fall so, daß ein Dritter originäre oder von einem andern Autor abgeleitete Erwerbstitel zu haben behauptet und darauf gestützt die Sache, auf die einem Andern ein jus ad rem von Jemandem eingeräumt ist, für sich in Anspruch nimmt, so sind hier nur zwei Möglichkeiten zu denken. Entweder der Autor hat an einer fremden Sache das jus ad rem bestellt, das er deshalb dem Dritten gegenüber zu vertreten nicht im Stande ist. Dann theilt das jus ad rem dasselbe Schicksal mit jedem andern dinglichen Recht. Es ist dann nämlich wegen mangelnden Eigenthums auf Seiten des Autor ein dingliches Recht weder von absoluter noch relativer Bedeutung zu Stande gekommen. Oder aber der Fall liegt so, daß der Autor mit dem Dritten colludirt und sein vormaliges Recht und damit gleichzeitig das auf den Inhaber des jus ad rem übergegangene Recht an der Sache Preis giebt.

Ein solches Preisgeben fällt dann wieder unter den Begriff der Veräußerung, und gelten hier die für diesen Fall aufgestellten Regeln, denen gemäß je nach Umständen das jus ad rem untergehen oder aber gegen den Dritten auch nach der erfolgten Dereliction wird verfolgt werden können[53]).

Schließlich darf hier nicht unerwähnt bleiben, daß von man-

---

[53]) Auch dieser Fall findet sich in den oben genannten Statuten von Bologna erwähnt, die den vom Autor herbeigeführten Proceßverlust jeder andern Alienation einer res litigiosa gleichstellen. S. oben S. 86 Note 33.

chen Commentatoren mit dem jus ad rem unter Umständen auch das Recht verbunden wurde, sich selbst in den Besitz der speciellen Sache zu setzen, welche Gegenstand des dare oder tradere war.

Dieses Recht der Selbstunterwindung soll nach Baldus[54]) dann mit dem jus ad rem verbunden sein, wenn Jemand in einer Urkunde außer den das obligatorische Geschäft, z. B. emtio venditio besagenden Worten auch den Ausdruck tradere gebraucht hat, während doch die zu tradirende Sache, einerlei, ob beweglich oder unbeweglich, zur Zeit der Abfassung der Urkunde nicht zur Stelle war und daher nicht tradirt werden konnte. Der Commentator spricht in diesem Falle von einer traditio mentalis: ein Ausdruck, der nicht treffender gewählt werden konnte, um den Zusammenhang des also bezeichneten Rechtsgeschäfts mit der von der gleichzeitigen Besitzübergabe unabhängigen germanischen traditio darzuthun.

Da diese sg. traditio mentalis ihm keineswegs ein dinglicher Erwerbsact vielmehr nur eine besondere Species eines obligato-

54) Baldus ad tit. C. de contr. emt. et vend. (4. 38) Rubr. no. 20. — Pone quod in instrumento continetur talis vendidit et tradidit, numquid per tale instrumentum probetur traditio et videtur quod sic. Quia presumitur instrumentum verum. In contrarium videtur p. l. praedia (gemeint ist l. 48 D. de acq. poss. 41. 2). Solve. Aut res est mobilis vel se movens quae potuit tunc tradi et tunc instrumentum probat traditionem aut res mobilis vel immobilis quae tunc non potuit tradi et tunc operatur licentiam occupandi vel accipiendi possessionem: impleto tamen prius quod debet impleri ex parte sua — nec videtur instrumentum falsum, quia ista non sunt verba notarii sed verba contrahentium relata per notarium. — Item posito quod dicatur quod verba notarii scripta sunt de mandato partium. Ideo instrumentum non est falsum. Praeterea ista verba debent sane intelligi de traditione mentali quae non est sine effectu ut d. l. praedia etc. (Ueber die zu Eingang dieser Stelle aufgestellte Ansicht wonach da, wo die Möglichkeit der Tradition zur Zeit der Contractsschließung, vorliegt, die Angaben der Urkunde über die angeblich geschehene Tradition für wahr präsumirt und diese letztere als bewiesen gelten sollen vrgl. Ihering: Beiträge zur Lehre vom Besitz S. 178—180); vrgl. Bartolus ad l. 48 D. l. c.

rischen, auf Realexecution gerichteten Vertrages ist, so ergiebt sich daraus, daß auch das genus, nämlich die mit Realexecution verbundene Obligation ihm, wenn auch unbewußt, nichts anderes war, als ein Analogon des germanischen dinglichen Vertrages, nur mit der Beschränkung, daß daraus nicht immer, sondern nur unter gewissen Bedingungen für den Inhaber des jus ad rem die Befugniß, sich der versprochenen Sache selbst zu unterwinden, und ohnedem eben nur die Unterwindung im Wege der Realexecution folgen sollte.

Ueberblicken wir jetzt noch einmal die Lehre vom jus ad rem, wie sie sich uns aus der Darstellung der Commentatoren sowohl im Allgemeinen, als insbesondere aus der für die einzelnen der oben aufgezählten Collisionsfälle entwickelten Casuistik ergiebt, so gelangen wir zu folgendem Resultat:

Abgesehen von dem Autor selber kann das jus ad rem gegen jeden Dritten entweder unmittelbar oder vermittelst der gegen den ersteren angestrengten Klage geltend gemacht werden[55]).

Nur demjenigen Dritten gegenüber, dem der Autor oder ein Successor desselben die Sache, welche Gegenstand des jus ad rem ist, in einer Weise veräußert, die geeignet ist, nicht etwa den zeitweiligen Besitz, sondern ein dauerndes dingliches Recht an derselben auf den dritten Erwerber zu übertragen, kann das jus ad rem nur beschränkt zur Ausübung kommen. Denn es erlischt, wenn der Dritte auf Grund eines onerosen Titels und bona fide, d. h. in Unwissenheit von dem vorhandenen jus ad rem eines An-

[55]) Diese kann, wie die citirte Stelle der Pisaner Statuten lehrt, in dem Falle einer an einen malae fidei Erwerber vom dolosen Autor vorgenommenen Veräußerung und Tradition nicht bloß gegen den ersten malae fidei successor angestrengt werden, sondern auch gegen jeden späteren Rechtsnachfolger desselben, der den Besitz mit Kenntniß von dem jus ad rem des Klägers erworben hat (vrgl. daselbst die Worte: etiamsi per multas iverint manus). Diese Kenntniß schadet einem späteren Successor nur dann nicht, wenn sein Vorgänger bona fide erwarb. (Ziebarth a. a. O. S. 212 und 264 Note 10. b.).

dern dieselbe Sache vom Autor oder einem Rechtsnachfolger desselben tradirt erhält[56]). Mit Rücksicht auf diese Eventualität muß daher das jus ad rem nicht sowohl als ein mit dem publiciani-

[56]) Den von Windscheid Pand. §. 43 Note 6 vermißten Grund dafür, daß das jus ad rem nur dem dritten bösgläubigen, nicht auch dem bonae fidei Erwerber gegenüber geltend gemacht werden kann, finde ich mit Ziebarth a. a. O. S. 232 in dem Moment der Erkennbarkeit, das vom deutschen Sachenrecht auch sonst als bedeutsam anerkannt wird. So lange, wie der Besitz der veräußerten Sache noch nicht auf den Inhaber des jus ad rem, sei es durch den Veräußerer selbst, sei es durch den Richter übertragen worden, ist das dingliche Recht des ersteren für jeden Dritten an sich und, abgesehen von dem Falle, wo dieser subjectiv, davon Kenntniß zu nehmen, Gelegenheit hatte, nicht zu erkennen. Es soll daher der Dritte, wenn er auf Grund des noch bei ihm fortdauernden Besitzes, den Veräußerer für den wahren Eigenthümer hält und sich von ihm die Sache tradiren läßt, unter diesem entschuldbaren Irrthum nicht leiden. Nur dann, wenn die Erwerbung seinerseits unentgeltlich erfolgt und so die Wiederherausgabe der streitigen Sache für ihn ohne Nachtheil stattfinden kann, soll nach der Theorie der Commentatoren selbst der Umstand der Nichterkennbarkeit der mangelnden Traditionsbefugniß des Veräußerers nicht mehr in's Gewicht fallen. Uebrigens ist hier darauf hinzuweisen, daß die Erlangung des Besitzes (der factischen Gewere) durch den Inhaber des jus ad rem an und für sich nicht dazu ausreicht, sein dingliches Recht für Dritte erkennbar zu machen und somit aus einem relativ dinglichen in ein absolut dingliches Recht zu verwandeln. Vielmehr muß nach der Theorie der Commentatoren (und ebenso auch nach dem allgemeinen preußischen Landrecht §. 1. 4 I, 10, §. 59. 60 I, 7) eine Erklärung des Autor, beziehungsweise des Richters hinzukommen, dahin gehend, daß der Besitz des ersteren erledigt sei. Diese Erklärung der Erledigung des früheren Besitzes des Autor, die als declarativ, nicht als constitutiv aufzufassen, da sie auch da stattfinden kann, wo derselbe den Besitz bereits längst verloren hat wie z. B. in dem Falle, wo der Käufer einer Species diese ohne Uebergabe von Seiten des Verkäufers anderweitig fehlerfrei in seinen Besitz überkommen hat, (l. 1 §. 5 D. exc. rei vend. et trad. 21. 3) ist in der Lehre vom jus ad rem an Stelle der Erklärung getreten, welche der Autor als Vertreter seines Successor nach älterem d. R. (vrgl. l. Bajuvar. tit. 17 c. 2) Dritten gegenüber abgab, um dem relativen Recht des letzteren die ihm mangelnde absolute Wirksamkeit zu geben. Sie unterscheidet sich aber von jener dadurch, daß sie genügt, um dem relativ dinglichen Recht ein für allemal die Kraft und die Bedeutung eines absolut dinglichen Rechts zu geben, während jene jedem neuen Proceßgegner gegenüber wiederholt werden mußte, da, um für die Dauer einem dinglichen, derivativ erworbenen Rechte die Wirksamkeit

schen Recht der Römer identisches relativ dingliches Recht vielmehr als ein solches relativ dingliches Recht betrachtet werden, das zugleich in einem eminenten Sinne wandelbar ist. Wandelbarer als andere absolut oder relativ dingliche Rechte ist es nämlich insofern, als es nicht wie Eigenthum oder publicianisches Recht erst dann untergeht, wenn ein Anderer daran durch Ersitzung Eigenthum erwirbt, sondern schon in Folge eines besonders qualificirten Besitzerwerbs, welcher für einen Dritten, ohne daß es eines gewissen Zeitablaufs bedürfte, Eigenthum oder ein anderes dingliches R. zu erzeugen vermag[57]).

eines absoluten R. zu geben, nach älterem d. R. die Erlangung der rechten Gewere erforderlich war. Die Bedeutung der traditio nach der Lehre der Commentatoren vom jus ad rem, mit der hierin das allgemeine preußische Landrecht übereinstimmt, ist deshalb darin zu suchen, daß sie, was das Rechtsverhältniß des Successor zu seinem Autor anbetrifft, nichts ist, als eine bloße sg. possessionis traditio (S. oben S. 49) oder, um mich richtiger auszudrücken (da es in den Besitz eine Succession nicht giebt), nichts ist, als die Apprehension des Besitzes der veräußerten Sache durch den Inhaber des jus ad rem (Exner, Tradition S. 11; Förster, Theorie und Praxis III, S. 43); daß sie aber ferner Dritten gegenüber eine Erklärung darstellt, welche das Recht des Successor äußerlich erkennbar und deshalb zu einem stärkeren Recht macht, als es vorher war (S. oben S. 50). Diese Erklärung ist indessen, weil es auf den durch den vorhergehenden dinglichen Vertrag (Titel) gebundenen Willen des Veräußerers nicht mehr ankommt, nicht als eine wahre Willenserklärung anzusehen, sondern als ein formeller Act, der deshalb auch vom Richter vorgenommen werden kann. Anders muß die Bedeutung der Tradition nach französischem Recht (code civil 1138. 1141) aufgefaßt werden. Dort ist sie bloße Besitzapprehension und wird deshalb nach französischem Recht der Käufer einer einzelnen bestimmten Sache, der ihren Besitz ohne Uebergabe fehlerfrei erwirbt, für absolut berechtigt anzusehen sein. Dasselbe muß nach der Theorie der Commentatoren da angenommen werden, wo diese ausnahmsweise dem Inhaber des jus ad rem gestatten, sich selbst der an ihn veräußerten Sache zu unterwinden. Hier muß ebenfalls schon die bloße fehlerfreie Besitzapprehension das jus ad rem in ein absolut dingliches Recht verwandeln.

57) In ein absolut dingliches, resp. ein publicianisches Recht verwandelt sich das jus ad rem schon durch die bloße Besitztradition, resp. die vollstreckte Realexecution, zu welchem Erforderniß bei einem jüngeren jus ad rem, das einem älteren, vom selben Autor herrührenden gegenübersteht, die bona fides hinzukommen muß, wie oben gezeigt wurde. Das Requisit der rechten Gewere

Nichtsdestoweniger bleibt aber das jus ad rem ein Recht von derselben Bedeutung und demselben Umfange, wie das mit der beschränkten Reivindication des deutschen Rechts geltend zu machende dingliche Recht dessen, der ein mit früherem Besitz einer beweglichen Sache verbunden gewesenes jus in re verfolgt. Der Umstand, daß es unter Umständen nur vermittelst der Klage gegen den Autor gewissen dritten Besitzern gegenüber verfolgt werden kann, darf uns an seiner dinglichen Natur nicht irre machen. Denn diese Eigenthümlichkeit theilt es mit dem aus dem dinglichen Vertrage des deutschen Rechts entstehenden relativ dinglichen Recht. Ueberdem bleibt es für den Begriff der Herrschaft über eine Sache, der doch schließlich maßgebend sein muß, um zu bestimmen, ob wir ein Recht ein dingliches Recht nennen dürfen oder nicht, völlig gleichgültig, ob ich, wenn die von mir im Wege der Realexecution wegzunehmende Sache sich bei einem dritten Besitzer befindet,

---

ist fortgefallen, um dem aus dem dinglichen Vertrage entspringenden Rechte die Möglichkeit einer selbständigen Geltendmachung durch den Berechtigten zu geben. Hierin ist m. E. der Grund dafür zu suchen, weshalb da, wo sich mehrere bonae fidei possessores gegenüberstehen, die von verschiedenen Autoren ihre Ansprüche ableiten, heute im Gegensatz zum deutschen Recht des Mittelalters nicht mehr der ältere, sondern gemäß den Principien des R. R. der gegenwärtige Besitz entscheiden muß. (S. über die Beurtheilung dieser Frage nach preußischem Recht meinen Aufsatz „Ueber die Collision zwischen mehreren vollständigen redlichen Besitzern" u. s. w. in Gruchot's Beiträgen Jahrg. 11 de 1867 S. 840 ff.). Wofern nämlich überhaupt, was wenigstens für alle Rechte germanischen Ursprungs noch nicht feststeht, der ältere Besitz in jenem Falle entschied, so ist dies schließlich darauf zurückzuführen, daß, wenn man die Skala der Autoren hinaufstieg, man zuletzt bei denen anlangte, die von einem gemeinsamen Autor ihre Rechte ableiteten, wo es dann wieder darauf ankam, wer sein Recht früher bestellt bekommen hatte (vrgl. Homeyer Lehnr. S. 400). Während nun damals nur die rechte Gewere das Zurückgehen auf die Autoren überflüssig und das auf dinglichem Vertrage beruhende R. zu einem selbständigen machte, so reicht heute dazu schon die einfache Besitztradition aus, und kann es deshalb auch nicht mehr darauf ankommen, wer von mehreren bonae fidei possessores im Vergleich zur Gegenpartei den älteren Besitz für sich geltend machen kann, beruhend auf einer von einem endlich aufzufindenden gemeinsamen Autor der verschiedenen Autoren vorgenommenen früheren traditio.

meinen Klage- und Executionsantrag zunächst gegen den Autor richten muß, um demnächst gegen den dritten Besitzer vorgehen zu können, oder ob ich direct gegen diesen Klage und Execution richten darf. Denn die Möglichkeit, mich in den Besitz der Sache zu setzen, bleibt mir ebenso gut hier, wie da, wo sich die Sache noch beim Exequendus befindet.

So lange ich aber diese Möglichkeit habe, mich in ihren Besitz zu setzen, so lange habe ich die Sache. Denn die Möglichkeit, unmittelbar auf dieselbe einzuwirken, ist wohl nothwendig, um das Recht des Besitzes an einer Sache zu erlangen, nicht aber nothwendig zum Erwerb eines dinglichen Rechts. Sonst könnte z. B. derjenige, dem Eigenthum oder ein anderes dingliches Recht an einer Sache vermacht ist, daran kein dingliches Recht beanspruchen, weil er die ihm vermachte, in der Hand des onerirten Erben befindliche Sache niemals weder früher besessen hat, noch jetzt besitzt, mithin der Möglichkeit der sofortigen unmittelbaren Einwirkung auf dieselbe entbehrt[58]).

Die Eventualität des durch eine vom Autor vorzunehmende Veräußerung seines Gegenstandes herbeizuführenden Unterganges des jus ad rem kann aber ebensowenig gegen seine Dinglichkeit etwas beweisen. Denn es geht daraus nicht mit logischer Nothwendigkeit hervor, daß das fragliche Recht für die Zeit vor der stattgefundenen Veräußerung nicht den Charakter eines dinglichen Rechts gehabt hätte.

Auch bietet uns, von dem deutschen Recht und seiner beschränkten Vindication[59]), welche dieselbe Erscheinung zeigt, zu schweigen — das R. R. ein Beispiel eines solchen Falles dar, wo es ebenfalls in der Hand eines an sich unberechtigten Dritten liegt, das einem Andern zustehende Eigenthum an einer Sache durch die Weiterveräußerung desselben zu vernichten, ohne daß etwa dort bloß wegen dieser Möglichkeit des Unterganges gesagt

---

[58]) Puchta Pandecten §. 541. [59]) Vrgl. auch A. d. H. G. B. art. 650.

würde, daß das in Rede stehende dingliche Recht für die Zeit vor der geschehenen Alienation diese seine dingliche Eigenschaft verlieren und etwa auf die Stufen eines bloß persönlichen Rechts herabsinken sollte.

Es ist dies der Fall, wo Jemand den Besitz einer Sache an den Fiscus verliert[60]). So lange der letztere die Sache nicht weiter veräußert, steht dem ehemaligen Besitzer Eigenthum und rei vindicatio an derselben zu. Sobald aber der Fiscus die Sache einem Andern verkauft und tradirt hat, hört Beides auf und der frühere Eigenthümer behält nur einen persönlichen Anspruch an den Veräußerer.

Wir schließen die Dogmengeschichte des jus ad rem mit der Darstellung dieser Lehre ab, wie sie von Baldus, Bartolus und den sich diesen anschließenden italienischen Commentatoren vorgetragen wird. Wenn wir dieselbe nicht weiter bis auf die Zeit der neueren Gesetzgebungen hin verfolgt haben, so ist dies deshalb geschehen, weil jene Lehre, wie sich aus dem Vorgetragenen ergeben haben möchte, bereits zu den Zeiten der genannten Juristen im Wesentlichen abgeschlossen und vollendet vorliegt. Ja es war das jus ad rem der Commentatoren, wie ein Vergleich mit der ihm in neueren Gesetzgebungen gegebenen Formulirung zeigen dürfte, detaillirter ausgebildet, als dies dort geschehen ist.

Es wird deshalb die richtige Beurtheilung des Wesens und der Wirkungen dieses Rechtsinstituts da, wo sich dasselbe in die neueren Codificationen aufgenommen findet, immer von den Schriften der Commentatoren, als von seiner rechtshistorischen Basis ausgehen müssen.

60) Resp. an den Regenten oder die Regentin. l. 2. 3 C. de quadr. praescr. (7. 37) §. ult. J. de usuc. (2. 6); l. 3 C. si adv. fisc. (2. 37); Windsch. Pand. §. 165 Note 6.

Berichtigungen und Zusätze.

S. 6 in der Note lies „Windscheid“ statt „Wiedscheid“.
S. 9 Z. 11 v. u. lies „vermogt“ statt „vermocht“.
S. 25 Z. 14 v. o. sind die Worte „und deshalb obligatorischen“ zu streichen.
S. 32 Z. 1 v. u. sind die Worte „von nur“ und
S. 33 Z. 1 v. o. die Worte „ein Recht“ zu streichen.
S. 44 Z. 4 v. o. sind die Worte „worden sei“ zu streichen.
S. 101 in der Note Z. 10 v. u. ist zwischen den Worten sua — und nec hinzuzufügen: (Er citirt Jacobus de Arena und Cinus).

Inhalts-Uebersicht.

Druck von Trowitzsch und Sohn in Berlin.

Brünneck, Wilhelm <<von>>,

Ueber den Ursprung des sogenannten jus ad rem ein Beitrag zur Geschichte dieses Dogma

Berlin 1869